



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

FLÁVIO DIAS DE ABREU FILHO

**A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA**

BRASÍLIA
2018

FLÁVIO DIAS DE ABREU FILHO

**A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa.

**BRASÍLIA
2018**

FLÁVIO DIAS DE ABREU FILHO

**A DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa.

BRASÍLIA, DE DE 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Salomão Almeida Barbosa, MSc.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, por ter me dado a força e a garra para perseguir meus sonhos diariamente e ter me abençoado com a sabedoria necessária para encarar os desafios postos em minha frente.

Aos meus pais que me apoiaram durante toda minha caminhada pelo curso, tendo sido meus pilares durante meu bacharelado, das incontáveis garrafas de café para noites de estudo feitas por minha mãe, aos ensinamentos intermináveis de meu pai.

Aos meus colegas de classe apaixonados pelo direito e pelos acalorados debates que me ajudaram a ter inspiração por este tema.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a latente discricionariedade das decisões da justiça quanto às medidas de restrições de liberdade no curso do processo penal dos artigos 312 até o 320, todos de nosso Código de Processo penal. Debruçar-se-á sobre a função do Estado como aplicador da norma e executor da pena, colocando a sociedade sob coação moral do império da Lei, demonstrando os perigos da liberdade excessiva dada pelos artigos citados na aplicação de medidas cautelares e preventivas, antes mesmo do trânsito em julgado de decisões condenatórias. Também será base para o trabalho a evolução histórica do Poder Judiciário, que fundamenta a base de poder do atual sistema jurídico. Ademais, serão abordadas as mudanças legislativas ao passar dos anos do atual Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo penal. Medidas Coercitivas. Discricionariedade. Abuso do Poder Punitivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O PODER JUDICIÁRIO COMO DETENTOR DA LEI	14
1.1 Do Estado	14
1.2 Breve evolução histórica do direito penal e sua influência no Poder Judiciário Brasileiro atual	18
2 AMEAÇA AO GARANTISMO PENAL INTEGRAL DIANTE DO TRATAMENTO DE INIMIGO DADO AO RÉU	26
3 MEDIDAS PROVISÓRIAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE.....	46
4 UMA SOLUÇÃO PARA O CONFLITO	59
4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	64
4.2 Princípio da intervenção mínima	66
4.3 Princípio da lesividade	68
4.4 Princípio da adequação social	71
4.5 Princípio da insignificância	75
4.6 Princípio da individualização da pena	79
4.7 Princípio da proporcionalidade	83
4.8 Princípio da responsabilidade pessoal	85
4.9 Princípio da limitação das penas	87
4.10 Princípio da culpabilidade	90
4.11 Princípio da legalidade	92
5 JUIZ DAS GARANTIAS	96
 CONCLUSÃO	 99
 REFERÊNCIAS.....	 102

INTRODUÇÃO

Segundo a doutrina clássica de Montesquieu, temos três governos diversos: o Republicano, o Monárquico e o Despótico¹. Para ele, a diferença é que no governo Republicano o povo, em conjunto, ou somente uma parte dele, possui o poder soberano. No governo Monárquico, um só indivíduo governa, mas segundo leis fixas e estabelecidas. Já no Despótico, trata-se de um governo de um só, sem leis ou regras, onde tudo é conduzido segundo sua vontade e seus caprichos.

A história demonstra que sempre depois de graves crises econômicas, estados de guerras ficam à mercê de uma decisão ruim de um déspota, monarca ou republicano. O constante medo do desastre e a constatação da insegurança do dinheiro faz necessário que haja um império da Lei, regendo a sociedade como uma unidade. E para a subsistência desta unidade é necessário um governo:

A Lei, em geral, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada nação não devem ser senão os casos particulares aos quais se aplica essa razão humana.²

A Lei é necessária, portanto, para evitar o estado animal e a anarquia entre os povos.

Tendo esta ideia do filósofo, é seguro dizer que vivemos em um Estado Republicano e democrático, no qual o povo em conjunto possui o poder soberano. Tal poder é aquele que possibilita a formação de uma câmara legislativa, é quem coloca ou tira um membro do executivo, é o que protesta, o que luta, o que governa. Sem este poder não poderíamos estar falando de uma República, muito menos de uma Democracia.

Neste sentido, pode-se dizer que quem faz a Lei no Brasil é o povo, como na maior parte do mundo, de forma indireta, elegendo seus representantes no Legislativo e no Executivo, não tendo o judiciário parte neste sufrágio.

Veja que a força da ideia de divisão dos três poderes é contemporânea ao filósofo, sendo que fora ele quem de fato popularizou essa ideia, contudo, podemos remeter a uma divisão de funções da Democracia as *polis* gregas da antiguidade. Por outro lado, Montesquieu sedimentou o entendimento de que a República democrática deveria ser governada por mais de um poder, o famoso *check and balances*, onde um poder controlaria os atos despóticos e monárquicos do outro.

¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **Do Espírito das Leis**. 1ª ed. Bauru. EDIPRO. 2004. p. 51 e 52.

² MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. **Do Espírito das Leis**. 1ª ed. Bauru/SP. EDIPRO. 2004. p. 49.

Neste sentido, temos no Brasil uma Constituição que decidiu dividir o poder em três ramos distintos: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Contudo, não há, no Poder Judiciário, uma participação incisiva da população como deveria ser, mas sim uma participação efêmera, esporádica e contaminada por influenciadores midiáticos e digitais.

Entretanto, qualquer crítica ao Poder Judiciário não o torna o mal de uma sociedade. É necessária a confiança nas instituições de uma nação, uma vez que este é composto por seus próprios contrerêneos, tendo interesse direto na aplicação de leis justas. Uma sociedade Democrática só sobrevive com as garantias das liberdades fundamentais, sendo que a máxima “minha liberdade vai até onde começa a do próximo” é válida até certo ponto, pois o Estado não bloqueia as suas atitudes, mas sim as pune, sendo que, para todas as atitudes do homem há consequências as quais serão severas, ou não, dependendo dos olhos da sociedade.

De outra sorte, nem sempre que o dano à liberdade é causado, estar-se-á diante da necessidade de uma punição pelo Direito Penal. Em verdade trata-se de um ramo do Direito presente em todos os Estados contemporâneos, versando sobre a punição do cidadão que desrespeita as normas estabelecidas por um determinado Estado, melhor dizendo, quando se viola as leis e as normas socialmente estipuladas pelo Ente Soberano, a punição é medida necessária para que se dê uma resposta à sociedade.

Acontece que, essa punição/pena é determinada pela própria Lei, a qual a norma posta pelo Estado Brasileiro é criada, indiretamente pela sociedade, determinando qual seria a punição para aquele que cometeu um crime. Não existe pena sem lei que antes o defina e não deve existir lei, ou interpretação legislativa, sem que o Estado diga qual seja tal interpretação e que essa tenha o amparo da sociedade.

Contudo, uma pergunta objetiva precisa ser respondida: quem controla essa punição? E a resposta se encontra dentro do seio do poder estatal, o Judiciário. É ele quem avalia os fatos, ele quem julga e determina a pena e a forma que ela vai ser executada. Ele detém o monopólio da Lei quando se trata do Direito Penal.

O Estado se torna uma criação desta sociedade tendo o total controle sobre a aplicação do direito, sendo impossível identificar o direito apenas como a Lei, havendo ainda princípios não expressos na norma, impondo a todos os cidadãos, além da vontade do legislador, a missão de promover valores como justiça, equidade e imparcialidade, sendo o Poder Judiciário peça fundamental destes objetivos sociais.

E é o poder atrelado à essa peça que será questionado neste trabalho. Um controle estatal é o começo do fim de uma comunidade. Pois a única maneira de se aplicar um controle estatal efetivo e ativo seria por meios violentos e ilegítimos que, de nenhuma forma, se configura como aplicação de Direito, e sim um meio de negação de sua existência.

Entenda que, o Estado é a criação do próprio homem, haja vista a necessidade de ter algo superior para comandar as relações humanas sem que o conflito violento se instale, levando a afirmação que o Estado passou a ser uma necessidade do Homem e na falta deste ente, a sobrevivência da espécie estaria ameaçada. O indivíduo passou a colocar o Estado em um patamar divino, dono da Lei, da verdade e da justiça. Tal pensamento deve ser contestado e refutado a todo instante, uma vez que, por mais complexo e cruel que seja a fábrica de aplicação do Direito do Estado, ela não é autônoma, ou seja, é necessário um catalizador para fazê-la funcionar, isto é, a vontade de uma determinada sociedade é o que movimenta a aplicação do Direito. Se essa se insurge, se revolta e passa a questionar a aplicação da Lei em um Estado, este corre o risco de ser destituído, fazendo que o controle permaneça nas mãos do povo.

Neste aspecto, deve ser levando em consideração o fato de que uma verdade única como justiça não pode ter apenas um único interprete atribuindo a ele o poder decisório total, deve ser algo aceito pela sociedade como um todo, não podendo haver qualquer interpretação única e soberba da norma.

Para Norberto Bobbio, o juiz não pode e nem deve criar o direito, caso contrário estaria invadindo a esfera de atuação de outro poder, mas deveria ser apenas a boca através da qual fala a lei, tendo uma interpretação restritiva dela³.

Bobbio tenta, portanto, entender se somente o legislador é responsável pelo Direito, ou a Cultura da Sociedade também interfere na criação de seus Direitos.

Com isso, nenhum governo pode afirmar que tem legitimidade para governar e aplicar a lei sem ter dois princípios básicos e soberanos. O primeiro diz respeito a igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Já o segundo, deve respeitar a responsabilidade e o direito de todos os indivíduos para decidir por si mesma o que fazer com sua vida⁴.

Nestes termos, todos os cidadãos de uma nação, como dito, têm o livre direito de escolha para fazer o que bem entender, devendo o Estado controlar os excessos e punir os erros

³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. 1ª. ed. São Paulo: Ícone. 1995. p. 79.

⁴ DWORKING, Ronald. **A Raposa e o Porco Espinho**: Justiça e Valor. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2014, p. 5.

por meio do judiciário. Utiliza-se, para tanto, o Direito Penal material já definido em no Código Penal (CP) de 1940, contendo 361 (trezentos e sessenta e um) artigos, descrevendo inúmeras espécies de crimes valorados pela sociedade. Destaca-se, se o indivíduo optar por incorrer em uma daquelas ações, deve o poder Judiciário intervir, deixando claro que há ainda leis penais extravagantes que também ditam este Direito Penal material, complementando as infrações penais.

Contudo, a todo crime cometido deve ser garantido o direito do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, haja vista que a Constituição Federal prevê estes princípios, expressamente em seu art. 5º, incisos LIV e LV⁵.

Como o Direito Brasileiro se trata daquele advindo do *civil law*, estar-se-á diante de uma necessidade de existência de um Código de Processo Penal (CPP) que ditará as regras para o devido processo legal, ampla defesa e contraditório na seara da justiça criminal.

Tal ordenamento foi formalizado um ano após a entrada em vigor do Código Penal em si, por meio de um Decreto Lei, em 3 de outubro de 1941, tendo sido amplamente modificado ao longo dos anos.

De outra sorte, a modificação que este trabalho se presta a discutir, se trata daquela que adveio com a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, que modificou o art. 312 daquele Código, acrescentando o parágrafo único, passando a vigora da seguinte forma:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

Antes da referida modificação, mencionado artigo já havia tido três outras redações. A primeira, a mais restritiva e desrespeitosa ao princípio da presunção de inocência, era assim apresentada:

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.⁶

Observe que, independentemente de qualquer outro fator, a prisão preventiva seria decretada se o crime que o indivíduo estivesse sendo acusado tivesse uma pena de reclusão por tempo no máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, algo inimaginável para os dias atuais,

⁵ Art. 5º

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL. Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de janeiro de 2018).

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2018

mas comum para a época, influenciada fortemente pela ditadura de Getúlio Vargas, que constantemente flertava com o fascismo e nazismo que assolava a Itália e Alemanha à época.

A segunda redação foi dada apenas em 1967, podendo dizer que houve uma nítida diminuição dos cerceamentos dos princípios inerentes ao processo penal, sendo um esboço para que se tem hoje no art. 312, apresentando a seguinte redação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.⁷

A última modificação foi em 1994, que acrescentou o quesito “*da ordem econômica*” no texto de 1967. Esta última modificação é ainda a redação do *caput* do artigo, que teve seu parágrafo único acrescentado em 2011.

Pois bem, o debate principal gira em torno da questão de que ainda se tem uma ampla discricionariedade do juiz e do judiciário, para a determinação de uma prisão preventiva.

Prova disto é que nos últimos 4 anos, o que temos visto é um verdadeiro show midiático em relação a chamada Operação Lava-Jato, que tomou os noticiários brasileiros.

É verdade que as primeiras instâncias cometem erros, muitas vezes contraditórios à Lei, tendo como base suas próprias interpretações do que seria determinados dispositivos legais, além disso, a cassação que censura uma rebelião aberta contra a lei são raríssimas, sendo que os tribunais de 2ª instâncias têm permitido que esta discussão chegue até os tribunais superiores para que os ministros do direito, digam o que deve ser feito.

Contudo, o dano pessoal ao indivíduo pode ter sido irretratável. É de fato, o controle do raciocínio do juiz da causa e a dificuldade de ajustar a interpretação da lei à especificidade das situações particulares que fazem com que haja essa discrepância entre a norma posta e a norma aplicada, fornecendo quase que toda a totalidade do contencioso de legalidade⁸.

Neste sentido, observa-se que o papel da mídia tem sido fundamental para a sobrevivência da operação e destas decisões, podendo ter sido uma das influenciadoras direta das ações tomadas pelos magistrados e pela justiça brasileira no âmbito desta operação.

⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2018

⁸ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. 1ª. Ed. Martins Fontes. 2000. p. 255.

Assim, um dos objetivos deste trabalho é lançar uma luz na atuação do Poder Judiciário, fomentando o debate acadêmico em torno da discricionariedade de certas medidas cautelares.

Com essa perspectiva, será necessário avaliar o motivo pelo qual nossos juízes detêm tantos poderes e prerrogativas, avaliando contextos históricos e filosóficos, formatando um pensamento quanto à discricionariedade dos magistrados no processo penal, passando para uma avaliação dos métodos que autorizam as medidas restritivas insculpidas no Código de Processo Penal, encerrando com uma tentativa de solucionar o problema.

1 O PODER JUDICIÁRIO COMO DETENTOR DA LEI

1.1 Do Estado

Antes de se adentrar na questão específica do Poder Judiciário como Lei, será necessário um breve estudo sobre a criação do ente Estado e as divisões dos poderes, acarretando em efetivo domínio público sobre a vida e as condições de seus “súditos”. Não é intenção deste Trabalho entregar uma definição de Estado, mas uma concepção, dentre várias, de como convivemos dentro de Sociedade.

Estado não está, necessariamente, conectado à Lei ou mesmo a um sistema geral de normas. Com as exceções daqueles conhecidos como Estados Totalitários, a Lei não é criada pelo Estado, mas é aplicada e garantida por Ele. Tal afirmação pode parecer contraditória, uma vez que é o próprio Estado, por meio do Poder Legislativo, quem escreve e promulga a Lei. Contudo, a contradição cessa quando entendemos que, em uma democracia, este poder é escolhido e controlado pelo povo.

Estado, em verdade, é uma realidade cultural, construída historicamente em virtude de um convívio social do ser humano⁹. Possível dizer que o Estado foi criada pelo homem, não apenas para controle das relações entre seus próprios cidadãos, mas também, para facilitar a relação com as demais tribos e povos, favorecendo o escambo entre as civilizações e garantindo a proteção à cultura de uma determinada região.

Contudo, como explica Thomas Fleiner-Gerster, a explicação do surgimento do Estado pode se dar de diversas formas, tanto teologicamente, filosoficamente ou antropologicamente¹⁰, mas o que realmente importa, é que se estabeleceu uma relação de soberania entre o Ente Maior e seus súditos que, independentemente de sua criação e sua evolução, todo cidadão está sujeito ao domínio daquilo que se conhece como Estado.

E é nessa esteira que o filósofo lança o seguinte questionamento: de onde vem o direito do juiz de condenar o autor de um crime?¹¹.

Para responder à questão, remete-se o leitor aos ensinamentos de Miguel Reale sobre a formação e manutenção do Estado apresentando três faces, sendo que cada uma delas possui um campo científico de estudo diferente: (a) social; (b) jurídica e; (c) política¹².

⁹ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.

¹⁰ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 22.

¹¹ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 82.

¹² REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 128.

Ao se falar na questão social do Estado estar-se-á analisando a formação e o desenvolvimento da instituição estatal em razão de fatores sócio econômicos, e quando ao analisar o Estado na atualidade, deve se atentar aos fatores que remetem ao benefício social como um todo. Portanto, a questão social dos Estados modernos se coloca como objetivo principal de todos os campos científicos que envolvem a criação e manutenção do Estado, não excluindo, obviamente, os direitos e deveres políticos e jurídicos individuais.

Reale afirma que se colocado o Estado no campo científico, este se limitaria ao estudo do poder como fato social e, até mesmo em função da interação social em cada seguimento de integração social¹³. Para a compreensão e aplicação de justiça de uma nação, é necessário o estudo nas diferentes interações dos grupos sociais que compõem o Estado.

Para que isso se cumpra, as duas faces do Estado (jurídica e política) precisam acompanhar os anseios populares, buscando sempre a pacificação social, sendo que, na concepção moderna de Estado poderia se concluir que Ele está presente para garantir a Lei, ordem e a justiça, lembrando-se que, os dois primeiros são, em tese, mais simples, enquanto a “justiça” nem mesmo apresenta conceito definido¹⁴.

Assim, Reale conclui que o Estado e o Direito estão em uma realidade integrada, ou seja, ao mesmo tempo que é una, apresenta vários campos que não se separam, mas que para sua efetiva compreensão e estudo é necessária uma análise mental em três direções distintas (social, jurídica e política) e que a separação radical destas direções resultaria em uma impossibilidade de entendimento do conceito de Estado¹⁵.

Assim sendo, compreende-se o Estado como entidade social-jurídica-política que tem como principal interesse a manutenção e bem-estar da sociedade da qual é responsável.

Dentro desta perspectiva, desde a fundação de uma ideia de Estado até a concepção moderna Dele, a evolução teórica e prática da noção de Estado trouxe o que é chamado de divisão dos poderes, positivada na Carta Magna Brasileira de 1988, em seu art. 2º:

¹³ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 131.

¹⁴ Quando afirmo que Lei e Ordem são em tese mais simples, me refiro ao fato de que em uma democracia com divisão de poderes a Lei (positivada) e a Ordem (execução) estão bem expressas no poder legislativo, que está diretamente subordinado ao poder do povo, devendo obedecer aos anseios populares, cumprindo com a criação da Lei que melhor beneficiaria a sociedade e, na mesma condição, no poder Executivo que garante a Ordem na medida que a sociedade requer. Assim, a execução está vinculada a positivação da lei, independente de discricionariedade do executor. De outra sorte, se a lei é justa ou não, estamos diante do tema “justiça” e, no Brasil, necessariamente se remete ao poder Judiciário, que decide se interpretação da Lei e aplicação dela é justa. Cabe a este último a deliberação quanto a justiça de uma norma e de uma ordem criada ou emitida pelos outros dois poderes.

¹⁵ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 133.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário¹⁶.

Como já afirmado, cada um destes poderes tem uma função específica dentro desta concepção de Estado, sendo que o Poder Judiciário detém *animus* de aplicação da justiça. É este poder quem decide se a norma social-jurídica-política é justa e pode ser aplicada dentro da sociedade. Contudo, retorna-se a pergunta feita por Thomas Fleiner-Gerster: de onde vem o direito de um juiz condenar o autor de um crime?

Segundo o autor, o Homem não está vinculado ao Ente Maior por um contrato social, desconstruindo o entendimento de Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Thomas Hobbes, justificando tal afirmação pelo desenvolvimento paulatino do Estado que, demonstrou que as formas de dominação e relação de poder se estabelecem em razão de circunstâncias exteriores, e que o homem passa a depender de seu igual dentro de uma comunidade em vista de uma manutenção social¹⁷.

Assim, é por meio dessa relação de dependência entre Homens que surge a necessidade de dominação pelo poder, ordenando o interior de uma sociedade, visando o interesse do desenvolvimento do indivíduo.

O problema com tal pensamento reside na máxima de que o “*poder corrompe*” e que o abuso deste poder, seja ele absoluto ou não, levará arbitrariedades que podem não ser corrigidas ou desfeitas, sendo inevitável entender que é necessário a partilha entre os particulares e o Estado, colocando freios e contrapesos ao próprio poder.

O século XX, mais do que qualquer outro, mostrou do que o homem é capaz, quando dispõe de um poder excessivo. Todavia, isso não pode nos levar a censurar tudo indistintamente e a condenar toda e qualquer dominação estatal. Aquilo que realmente importa é que, no interior de uma sociedade, o poder seja distribuído e ordenado de tal modo que as pessoas que dele dispõem empreguem-no para o bem dos cidadãos, se controlem mutuamente¹⁸.

Tendo em vista que a dominação do Estado se justifica – para o autor – não apenas na concepção de que o Homem é agressivo, sendo este um aspecto da própria natureza humana, Ele se desenvolveu com as complexas mudanças da espécie humana, passando a se confundir com a natureza humana, justificando sua existência na busca do bem-estar do Homem para o seu livre desenvolvimento¹⁹.

¹⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

¹⁷ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 83.

¹⁸ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 85.

¹⁹ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 86-87.

Contudo, independente da confusão que possa eventualmente ser feita, o Estado não é personificação da vontade humana. Quando muito, pode-se conceder o entendimento que o Estado é a vontade de seu soberano, sendo ele monarca, ditador ou mesmo democrata, uma vez que é impossível atender o interesse de todos dentro de uma nação, sem interferir no direito de um indivíduo.

Por outro lado, este mesmo soberano não pode estar acima do direito daquela comunidade. Ele cria grande parte da ordem jurídica, mas ao mesmo tempo se submete a ela, devendo ele ser regido pelos princípios éticos e morais daquela sociedade que representa. Ora, o valor da norma é dado pelos membros que compõem aquele ciclo social, racionalmente fundamentados no interesse do povo. Destarte, a limitação do poder do Estado reside nesses princípios e valores reconhecido pelo seu povo, e sua quebra ou desconsideração representa uma arbitrariedade inexcusável e passível, inclusive, de rebeldia de seus súditos, com a consequente destituição do Estado atual. Não é possível demandar obediência quando você mesmo não obedece aos limites impostos. A sujeição do soberano à lei e a norma é uma das qualificadoras do Estado como democrático, posicionando todos em um patamar de igualdade não favorecendo posições políticas ou sociais.

Portanto, o que legitima o poder de um juiz julgar um criminoso é a estrutura e a legitimação da dominação estatal, ligada intimamente às circunstâncias específicas do Estado, é o poder que o próprio Homem deu ao Estado que o legitima para governar. Em outras palavras, a relação humana é tão complexa que é necessário um controle limitado, de entes alheios ao conflito, capazes de aplicar o que é justo na relação concreta, mesmo que justiça não tenha um conceito definido. A tentativa é, portanto, que o Estado aplique aquilo que mais se assemelha à justiça naquele determinado contexto.

Daí o papel do judiciário se torna fundamental dentro da concepção de Estado, avocando para si o controle da lei e da norma. É dele o papel de dizer o direito e de aplicar o direito. Contudo, na atual concepção de Estado brasileiro, temos visto uma sobreposição do Poder Judiciário sob os demais poderes, ferindo de morte a concepção dos freios e contrapesos, colocando em risco direitos constitucionalmente previsto e, diga-se de passagem, fundamentais e intrínseco a todos os cidadãos.

Porém, o *constructo* de tal afirmação não é apartado de avaliação histórico e evolutiva do convívio social e evolução do Poder Judiciário, se tornando ele o detentor da lei.

1.2 Breve evolução histórica do direito penal e sua influência no Poder Judiciário Brasileiro atual

Nas palavras de Norberto Bobbio, “as duas fontes principais para o estudo do Estado são a história das instituições políticas e a história das doutrinas políticas”²⁰.

Destarte, a compreensão de Estado e estrutura estatal está intimamente conectada com a evolução da teoria de Estado, interligado com as práticas e os erros cometidos anteriormente. A compreensão da atualidade deve advir de um entendimento do passado.

É nesse sentido que, não podemos entender o poder atribuído aos nossos juízes atuais sem antes passar pelo período romano, uma vez que, nosso Direito sofre inegável influência deste período e sua aplicação pelos antigos “juízes”, sendo, portanto, necessário um estudo deste período para uma futura comparação entre os juízes do passado e os magistrados brasileiros atuais.

Assim, tendo por base os ensinamentos dos antigos, o que chama atenção no Direito Penal dos romanos é a firmeza com que o crime é considerado como atentado contra a ordem jurídica estabelecida e guardada pelo Estado, e a pena como reação ao Estado contra o crime²¹.

Neste sentido, naquela época os crimes contra os bens da coletividade ou do indivíduo agrupavam-se em torno de duas figuras criminais: a *perduellio* e o *parricidium*. A primeira era a guerra contra própria pátria, servindo de ponto de partida dos crimes políticos. Já o *parricidium*, a morte dada ao concidadão prende-se ao grande grupo dos crimes comuns individuais. Considerava-se o crime de *parricidium* uma ofensa contra a ordem jurídica do Estado, não sendo sua punição abandonada ao arbítrio à vingança privada dos parentes.

Quando pensamos no Direito Romano Cretella Junior nos ensina que ele é tomado por diferentes sentido pelos autores. Em um primeiro momento estaríamos diante de um conjunto de regras jurídicas que vigoraram no império romano por cerca de 12 (doze) séculos. Já em um segundo sentido, o Direito Romano se refere a um direito privado com a exclusão dos direitos públicos²².

Entretanto, é de se destacar que Roma vivenciou diversos períodos de diferenças políticas e de direito, que formularam através dos anos o que se conhece sobre Roma antiga.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: uma teoria geral da política. 18ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 53.

²¹ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**: tomo I. Edição única. Rio de Janeiro: 1899. p. 10.

²² JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano**: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2005. p. 7.

O professor Juan Iglesias explica que durante a República, a magistratura romana não constituiu um corpo hierarquizado, com funções bem definidas. Mas que em verdade, no curso da república romana a magistratura se distinguiu por atuar consoante uma mentalidade elementar prática, dependendo do que se considerava o real sentido político e social da época. Estes magistrados estavam investidos da chamada potestade de comando, podendo esta ser até mesmo suprema (*imperium*), se tratando de um poder originário e soberano da qual nenhum cidadão poderia subtrair-se²³.

O limite ao poder dos magistrados estava na temporalidade, na colegialidade, na intercessão do tribunal da plebe, na *provocatum ad populum* e na responsabilidade.

Cretella Junior explica que, na República Romana aparece o que ficou conhecida como Magistratura Suprema, onde o rei sucede o poder consular, elegendo dois cônsules, detentores do *imperium* e que encarnam a suprema magistratura, onde o que se encontrava em exercício era fiscalizado pelo colega, tendo este o poder de *intercessio* ou discordância. O poder destas figuras era tão grande que, se eventualmente a República fosse ameaçada, poderia o cônsul em exercício aglomerar o poder dos dois, tornando-se um verdadeiro ditador com poderes absolutos e o domínio sobre a República²⁴.

Destarte, em hipóteses que o magistrado supremo achasse cabível, era possível relevar todas as limitações estipuladas ao seu poder, decretando-se uma ditadura, tendo como líder supremo o próprio magistrado, demonstrando a força de um poder discricionário de juiz à época.

Em outro momento, durante o principado romano, Iglesias explica que os magistrados eram escolhidos pelo próprio poder político, sendo eleito pelo Senado e entre homens de classe senatorial²⁵.

Por fim, quando da formação do império absoluto, os magistrados tiveram seus poderes e suas prerrogativas reduzidas. O funcionário do império substituiu o magistrado em meio a uma burocracia civil e hierarquizada²⁶.

²³ IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 54.

²⁴ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano**: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2005. p. 30

²⁵ IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

²⁶ IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76.

Tendo esta breve – e simplista – introdução à magistratura dos períodos romanos, retomando a afirmação de influência exercida pelo Direito Romano ao Direito Brasileiro atual, os atuais códigos legais retomam, diretamente, ao Direito Romano com o chamado

Mas o que se mostra interessante para esse trabalho é o limite do poder que os ocupantes destes cargos teriam. Para uma melhor compreensão, o limite desses representantes era o que a ética e moral deles permitissem. Veja, Cretella Junior menciona que para demonstrar o *imperium* que os cônsules gozavam, quando ditador, é este precedido de 24 *lictors*, doze dos quais carregam machadinhas circundadas por um feixe de varas, dando origem ao termo “*fascismo*”. Esses feixes eram símbolo de força total do magistrado, isento de qualquer restrição a seus atos, nem mesmo por meio da *provocatio*, que se tratava do apelo feito ao povo reunido em comícios²⁷.

Perceba que se tratava de juízes, ditadores do direito e da justiça, que detinham em suas mãos o poder de dizer o que estava correto de acordo com a lei. Eram responsáveis pela resolução dos conflitos, mas diferente do que se espera de um cargo político e jurídico desta magnitude, as limitações às suas decisões eram poucas, havendo, ainda, a possibilidade de serem relevadas.

Como dito, foi, também, durante a República Romana, criado o *tribuni plebis*, compostos por magistrados plebeus, invioláveis, sagrados, com direito a veto contra decisões que eventualmente deveriam ser tomadas, podendo se opor a decisões dos cônsules e dos senadores. Eram de fato juízes, assim como os cônsules, mas estando abaixo deles e, perceba, não poderiam ser acusados, presos, nem punidos, gozando de imunidades totais²⁸, prerrogativas que limitam a atuação do Estado sobre suas pessoas, parecido com o que temos hoje parlamento brasileiro e, até mesmo, no judiciário, havendo certas limitações de punibilidade quando no cargo exercido.

Na Roma Republicana, os pretores não julgavam, mas diziam o direito, possuindo o chamado *jus edicendi*, ou seja, o poder de editar, proclamando o que seria o direito e como ele aplicaria para atingir a equidade buscada pela justiça.

Os pretores – urbanos e peregrino –, os *edis curvis* e, nas províncias, os governadores e questores, determinavam no *edictum* as normas que eles iriam se ater durante o exercício de sua função. O edito vigente, pelo ano do cargo, denomina-se *perpetuum*, enquanto se chama *tralatitium* ao que permanece igual de um ano para o outro, como se transmitindo do magistrado antecessor ao sucessor. De qualquer forma é bom

²⁷ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano**: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2005. p. 30.

²⁸ JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano**: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2005. p. 31.

advertir que o magistrado não tem que se ajustar ferreamente ao programa anual – *lex annua* – por ele estabelecido, mas pode adotar medidas, se circunstâncias especiais exigirem, conforme tiver conhecimento e tomar providências sobre o caso concreto – *edictum repentinum*.

Com isso, não apenas o magistrado decidia a lei aplicando-a, se entendesse por bem poderia altera-la, violando qualquer conceito básico de segurança jurídica – mesmo que este não se aplicasse à época.

Diante disso, a tarefa para aplicação, auxílio, supressão e correção ao *ius civile* restava ao pretor. Assim, cabia a ele a aplicação da norma estabelecida por magistrados superiores no processo, corrigindo-a e suprimindo-a quando necessário. Apenas em 129 d.C, o jurista Sálvio Juliano estabeleceu regras procedimentais definitivas aos editais anteriores, estabelecendo o *edictum perpetuum*, não sujeito a mudanças, colocando fim ao trabalho secular do pretor²⁹.

Observe que quando se fala em Roma, estamos falando em um complexo emaranhado de instituições, representadas por “comuns”³⁰ que praticamente ditavam as normas e as aplicavam, ficando sob sua guarida a responsabilidade dos julgamentos cíveis e criminais e, conseqüentemente as reputações dos cidadãos romanos. Ou seja, pode-se entender que o poder julgador do Estado Romano, em muito se confundia com o interesse e a vontade do próprio indivíduo que exercia aquele cargo.

Em um exemplo, em um dos primeiros casos do então jovem advogado Cícero, ele atuou na defesa de Sexto Roscio, que supostamente havia assassinado um proscrito³¹, se tratando de seu próprio pai. Contudo, os fatos apurados demonstraram que a vítima havia se tornado um proscrito após sua morte, motivo pelo qual o Réu não poderia receber a herança do *de cuius* tendo em vista o parricídio. O então advogado com apenas 26 anos, ao avaliar os fatos, percebeu que havia em verdade um complô contra o jovem Sexto Roscio e que os reais assassinos eram os próprios acusadores no processo criminal³² e que eles haviam matado a vítima e culpado o filho para que seus bens fossem vendidos a um baixo preço. Pois bem, acontece que a vítima e o réu possuíam uma certa influência com Lúcio Cornélio Sula, ditador da região, que determinou que o jovem não fosse extirpado da herança, mas que fosse

²⁹ IGLESIAS, Juan. **Direito Romano**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

³⁰ Os cargos mais altos eram ocupados pelos mais influentes cidadãos, sendo que estes eram os que possuíam as maiores riquezas.

³¹ Por volta de 83 a.c., com as tensões políticas em Roma crescendo, os proscritos eram cidadãos romanos que tinham seus nomes inscritos em uma lista pública. Qualquer um poderia matar um proscrito, ninguém poderia lhe dar assistência e seu patrimônio era *ipso jure* confiscado e leiloadado, tudo isso sem um devido processo legal e sem respeito a qualquer direito de defesa, nem mesmo a inscrição do nome na lista poderia ser contestada por meio de um processo.

³² Naquele período não havia Ministério Público e os crimes eram perseguidos pelos próprios cidadãos.

devidamente processado. Posto isto, os reais assassinos iniciaram a aniquilação do herdeiro incomodo por meio de um processo criminal³³.

Observe que toda esta história demonstra não só a importância do processo criminal, mas sua má utilização é o suficiente para marcar o fim de uma reputação de qualquer cidadão, inclusive nos dias atuais³⁴, podendo até mesmo levar um cidadão inocente ao extremo, com sequelas que jamais serão corrigidas³⁵.

Daí o papel do julgador se torna o de maior importância, porque quando ele não tem todas as informações, ele deve busca-las, seja pressionando o acusador, seja pressionando a defesa, mas, em nenhuma hipótese, deve julgar sem ter todos os fatos, e sobre nenhuma justificativa deve o próprio juiz buscar as provas que condene ou inocente o acusado, isto é trabalho da defesa e da acusação.

Isto nos leva a um dos julgamentos mais celebres da Roma antiga, a crucificação de Jesus Cristo. Entretanto, o objetivo aqui não é trata-lo como salvador ou qualquer outro viés religioso, mas analisar seu julgamento e seu julgador, com sua consequente crucificação.

Pesou contra o acusado o crime de lesa majestade por conta das atribuições de realeza divina dadas ao Réu³⁶. O encarregado por conduzir o julgamento era chamado Pôncio Pilatos, prefeito da Judeia à época, figura conhecida por todos como aquele que lavou suas mãos de qualquer culpa sobre o julgamento final.

Pois bem, todo o processo do acusado se tratou de uma acareação entre os acusadores Hebreus (Anás, Caifás, Semes e Datan, Gamaliel, Judas, Levi, Alexandre, Neftali e Jairo) e o próprio Pilatos, que se colocou abertamente ao lado de Jesus³⁷.

Todo o processo contra o Réu foi encerrado em cerca de 5 (cinco) horas, com destaque para três momentos. O primeiro diz respeito ao início do julgamento, momento em que Pilatos questiona aos Hebreus qual é a acusação contra o acusado – lesa majestade. O segundo momento se refere à questão de que após averiguar os fatos, Pilatos afirma que não foi capaz de encontrar no Réu nenhuma culpa, o que justificaria uma absolvição sumária, contudo, preferiu o Prefeito atirar a decisão aos acusadores, dando-lhes a oportunidade de libertar um

³³ LIEBS, Detlef. **Perante os juízes romanos**: processos célebres da Roma antiga. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81 a 92.

³⁴ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/justica-de-sp-manda-soltar-homem-que-foi-condenado-injustamente-por-abusar-sexualmente-dos-filhos.ghtml>

³⁵ <https://www.uol/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm#as-3-mortes-de-heberson>.

³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. 1ª ed. São Paulo: UFSC, 2014. p. 10.

³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. 1ª ed. São Paulo: UFSC, 2014. p. 25.

preso em comemoração à páscoa. Por fim, o último momento importante para este trabalho é o fato de que após oferecer ao povo a escolha de libertar o réu e estes recusarem, Pilatos então determinou sua flagelação, como pena acessória, prevista como preliminar a uma crucificação, mas que Pilatos preferiu servir-se dela, como prerrogativa de seus poderes discricionários, para um não especificado delito menor³⁸.

Veja, no Direito Romano já se discutia prerrogativas diversas e discricionárias para evitar a aplicação máxima do Direito Penal, qual seja, a pena capital. Contudo, em decorrência de seu cargo Político, afinal era o prefeito de Judeia, essas discricionariedades acabaram por se tornar algo que o povo determinava, a pressão popular pesou sobre a decisão do julgador, mesmo ele não tendo qualquer prova de crime cometido pelo réu, tendo, por fim, lavado suas mãos e entregado o acusado à sorte, jogando a decisão ao povo, provando que o populismo venceu sobre a lógica e a justiça. É aí que reside um dos principais problemas que ainda reverberam nos dias atuais: o julgador como cargo político.

Este caso demonstra claramente a problemática da discricionariedade dos magistrados romanos e sua insegurança diante da pressão popular, que ainda é refletida nos dias atuais no Brasil, observe.

No ano de 2017, a 10ª Vara Federal de Brasília havia determinado o bloqueio dos bens dos empresários Joesley Batista e Wesley Batista, além do grupo J&F, mas, para surpresa de todos, em 19/10/2017, o Desembargador Federal Olindo Menezes, Relator do Mandado de Segurança nº 0033573-68.2017.4.01.0000/DF, suspendeu a eficácia da decisão da autoridade coatora, desbloqueando os bens dos impetrantes. Contudo, o que se destaca deste despacho são as seguintes palavras do próprio relator quando se refere aos motivos determinantes para a decisão do magistrado de 1ª Instância³⁹.

Esse comando do Tribunal não estava (nem está) sob o poder de decisão da autoridade requerida, pelo que avulta neste primeiro momento destacar que a decisão impugnada, valendo-se de informação que não tem registro processual válido – **porque decorrente de elementos colhidos na “mídia nacional” (!)** –, renove uma determinação já suspensa na sua eficácia por decisão desta Corte, em flagrante afronta à sua autoridade e sem sequer fazer menção à sua existência e eficácia (!). (Grifei e destaquei)

Perceba que de acordo com o Relator deste Mandado de Segurança, as informações utilizadas pelo julgador de 1º Instância são oriundas de fatos colhidos por terceiros alheios ao processo penal. E, assim como no processo romano apresentado, a

³⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. 1ª ed. São Paulo: UFSC, 2014. p. 35 a 44.

³⁹ <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tribunal-desbloqueia-bens-de-joesley-familia-e-do-grupo-jf/>

discrecionariedade do magistrado foi pressionada para realizar aquilo que a influência externa determinou, acarretando em uma injustiça.

Tanto é assim que, em fato recente, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 152752, na Suprema Corte Federal, de relatoria do e. Ministro Edson Fachin, o ministro Gilmar Mendes, em um aparte oral de seu voto escrito, afirmou o que se segue⁴⁰:

Já vi quase de tudo. Nunca vi uma mídia tão opressiva como aquela que se tem feito nesses anos. Nunca vi. Já vi de tudo. Todos sabem que eu venho do governo FHC, e aqui eu vou até fazer uma reflexão que certamente não vai agradar meus amigos “ptistas”, creio que nós devemos muito desse quadro de intolerância do país à prática que o PT desenvolveu ao longo dos anos, de intolerância, de ataque as pessoas. Quando eu me lembro, por exemplo, dos ataques que hoje se fazem nas ruas as pessoas, eu me lembro dos ataques que fizeram aqueles grevistas de São Paulo a Mario Covas, doente, com câncer, e Zé Dirceu, líder, então disse: bem feto vai apanhar nas ruas e nas urnas. Esse tipo de intolerância, quer dizer, gestou-se, esse germe ruim, da violência, acho que o PT tem uma grande chance, nesse momento, de ter esse encontro com a realidade, de fazer aquilo que se chama a *revision strefalen*, com um pedido de desculpa público por esse tipo de ataque, aprenderam na oficina do diabo essa gente que esta aí, “facistoide”, atacando as pessoas, é extremamente ruim [...] é esse o tipo de mídia opressiva que nós desenvolvemos, e é preciso dizer “NÃO” a isso. Porque senão, se as questões aqui forem decididas nesse tipo de par ou ímpar, presidente, nos deixamos de ser corte do supremo. Se nós tivermos que decidir causas como esta porque a mídia quer este ou aquele resultado, melhor nós nos demitirmos e irmos para casa. E veja, eu não sei o que é aprender o sentimento social, eu não sei. É o sentimento da mídia? [...] se um tribunal for se curvar a isso, senhora presidente, é melhor que ele desapareça.

Nas sábias lições e palavras do Ministro Gilmar Mendes, o Poder Judiciário não pode se render ao clamor social, assistindo razão ao nobre magistrado, ao pondo de vermos decisões extremamente autoritárias, justificadas pela discrecionariedade do magistrado, em face ao sentimento popular de caça às bruxas, o que deve ser evitado a todo custo, uma vez que o período do “magistrado supremo” já ficou para trás, quando dos juízes em Roma.

Portanto, o que se demonstra é que a influência do Direito Romano, mais especificamente no que toca ao poder dos julgadores, é ainda muito forte no Direito Brasileiro, ao ponto de ainda se encontrar a perspectiva ou o ideal de juiz imaculado, que não sofre a interferência externa ao processo, o que torna o processo penal ainda mais desvantajoso para o réu, sufocando, em muitos casos, direitos constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, tema que será avaliado mais afrente.

⁴⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=jqqnHt7kGaY>

2 AMEAÇA AO GARANTISMO PENAL INTEGRAL DIANTE DO TRATAMENTO DE INIMIGO DADO AO RÉU

Na virada do século XX para o século XXI, alguns fatos marcaram a geração atual modificando o combate ao crime de forma direta e enérgica, buscando as fontes que germinam as ideias antes mesmo que possa acontecer qualquer espécie de crime positivado, tal período ficou conhecido como “Guerra ao Terror”. Este combate global apresenta uma liderança latente dos Estados Unidos da América depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, dentro do solo americano. Isso despertou o clamor do povo Norte Americano para que o Estado tomasse atitudes mais combativas para atacar o problema.

Assim, a ameaça permanente e o perigo contínuo que pairou e ainda paira no ar das nações europeias e americanas, acabou sendo vista como uma justificativa para a mudança de paradigma penal.

Tais mudanças de paradigmas materiais (aumento da moldura abstrata das penas, ampliação da punibilidade dos atos preparatórios e dos atos de execução, aumento dos tipos legais de perigo abstrato) e processuais (diminuição das garantias processuais penais, aumento das competências das polícias criminais sem prévio controle e autorização das autoridades judiciais) são, de acordo com o professor Manuel Monteiro Guedes Valente, maneiras que convertem o cidadão em inimigo, ou mesmo “coisa”, pelo processo da despersonalização, transformando-o em elemento a ser combatido e aniquilado⁴¹.

Daí, surge a inegável influência do penalista alemão Gunther Jakobs com sua teoria do direito penal do inimigo. Com ela, o legislador não dialoga com seus cidadãos, mas sim com a ameaça de seus inimigos, castigando seus delitos com penas draconianas em franco descompasso com a proporcionalidade⁴².

Pode ser argumentado que os crimes que tem mais sido reprimidos pela teoria de Jakobs são os de base fundamentalista extrema, motivado por ideologia ou religião, que levam ao conflito global, como nos casos dos grupos extremistas islâmicos ISIS, Al-Qaeda, dentre outros, que são tipificados como “Terrorismo”. Porém, a pergunta é: o que definitivamente seria o Terrorismo? Nem mesmo as Nações Unidas possui uma definição exata do que significaria o termo “Terrorismo”. Tanto é verdade que em 72ª sessão Do Sexto Comitê de 3 de novembro

⁴¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 68.

⁴² CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

de 2017, o presidente daquele grupo de trabalho, embaixador Rohan Perera do Sri Lanka, detalhou o seguinte:

1. Pursuant to General Assembly resolution 71/151 of 13 December 2016, on 2 October 2017, at its 1st meeting, the Sixth Committee decided to establish a working group with a view to finalizing the process on the draft comprehensive convention on international terrorism as well as discussing the item included in its agenda by General Assembly resolution 54/110 concerning the question of convening a high-level conference under the auspices of the United Nations⁴³.

Assim, usando as palavras de Manuel Valente, os efeitos dos atentados de 11 de setembro de 2001, 11 de março de 2004, 7 de julho de 2005, Paris em 2015, produziram efeitos desejados pelos autores morais destes fatos hediondos, gerando a incerteza da segurança em qualquer lugar e em qualquer minuto e promover a paneconomia emergente da teoria do perigo terrorista. E, por mais que nossa lei sobre o terror (13.260/2016) tente definir como terrorismo os atos que tem por razões xenofobia, discriminação ou preconceito, o § 1º, inciso V, da lei⁴⁴, combinado com as palavras do doutrinador podemos colocar os crimes de corrupção como um terror para o cidadão brasileiro, colocando-os em constante estado de alerta e desespero, usurpando patrimônio e recursos que, por determinação legislativa e moral, deveriam ser destinados para a saúde pública, educação, segurança, infraestrutura, atentando, conseqüentemente e indiretamente, contra a vida ou a integridade física da pessoa.

Tanto é assim que a sociedade e o Congresso Brasileiro vêm tentando encaixar os crimes de corrupção como crimes hediondos, colocando-os no mesmo patamar que crimes como homicídio, estupro, tortura e terrorismo, corroborando com a ideia de que o combate à corrupção é uma luta contra um crime perverso, imoral e tão reprovável como aqueles presentes na lei de crimes hediondos.

Assim, pode-se, de certa maneira, considerar a corrupção pública, ou mesmo a privada que se utiliza de recursos (materiais e humanos) públicos, no mesmo patamar ou mesmo uma espécie de terrorismo, gerando uma “Guerra ao Terror” brasileira, convocando medidas extremas para um combate efetivo em busca de um resultado favorável para o Estado.

O que se tem visto no Brasil é um crescimento exponencial de um sentimento punitivista, atropelando os conceitos e os princípios garantistas em nome do combate à

⁴³ De acordo com a resolução 71/151 da Assembleia Geral de 13 de Dezembro de 2016, em 02 de Outubro de 2017, na 1ª reunião, o Sexto Comitê decidiu estabelecer um grupo de trabalho com a intenção de finalizar o processo de rascunho compreendendo a convenção internacional sobre terrorismo como também discutir o item incluso na agenda da resolução 54/110 da Assembleia Geral concernindo sobre a questão da convocação sobre a conferencia de alto nível sobre os auspícios das Nações Unidas. (tradução livre do autor)

⁴⁴ V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa: (BRASIL. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 03 de setembro 2018).

corrupção colocando seus acusados nas mesmas posições de um (suposto) terroristas, que devem ser aniquilados pelo poder punitivo do Estado.

Sem esquecerem que é difícil resistir e não aderir ao movimento de restrição total de direitos, liberdades e garantias ao cidadão considerado inimigo para uma sociedade. Muitas vozes se levantam contra uma construção tão monstruosa como os atos desse cidadão⁴⁵.

Isso é ratificado pelo trecho do livro de Francisco Conde⁴⁶:

Mas outro grupo de delito também preocupa especialmente as sociedades modernas, não só por sua gravidade intrínseca, como também porque igualmente são cometidos por pessoas que não se integram ao sistema de valores e padrões de conduta vigentes nas mesmas. É principalmente a estes delitos que Jakobs se refere quando fala de Direito Penal do Inimigo. O tráfico de drogas, o terrorismo e o fantasma da criminalidade organizada tem sido os problemas que vem dando lugar a um Direito Penal excepcional que muito bem poderia ser qualificado como Direito Penal do Inimigo. São estes delitos e seus autores, a principal preocupação dos governos atuais, que procedem da forma mais dura e eficaz possível para combatê-los, inclusive além dos parâmetros admissíveis no Estado de Direito.

O que se pretende com tal entendimento não é deixar a impunidade reinar sobre a sociedade, mas permitir que aqueles que cometeram atos passíveis de punição pela legislação penal, sejam trazidos a assumirem sua responsabilidade de forma legal e justa, sem atropelos aos diretos cidadãos de cada indivíduo dentro do processo penal.

Como posto anteriormente, as faces fundamentais do Estado (social, jurídica e política) necessitam estar interligadas para a persecução de tarefas fundamentais ligadas ao bem-estar social. Contudo, para atingir tal ideal é necessário que o Estado, compreendido como o ente punitivo, não deva buscar a punição como ato de vingança, mas um ato de justiça, praticado de acordo com o que diz a lei material e processual.

Daí:

A dramatização e a politização da violência, em especial a violência terrorista ou a violência descarnada de desobediência civil qualificada de terrorista, gerou o retorno à concessão de um “delinquente-inimigo” como se a prevenção ao e do crime se fundasse em uma lógica de “guerra ao crime” demolidora de uma verdadeira *politik*, que não se esgota nas “dimensões avassaladoras” e no “flagelo que constitui a criminalidade organizada”. Este “regresso a casa” ou retrocesso vem embebido de uma “cultura de segurança”, típica da “sociedade de risco” e da “sociedade do bem-estar”⁴⁷.

Indo além, o ente punitivo não pode prever uma restrição total e absoluta dos direitos fundamentais do Homem, coisificando o ser humano, em busca de uma resposta imediata à sociedade, sob o risco de se colocar frente a uma injustiça irretroativa.

⁴⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 69.

⁴⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 42-43.

⁴⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 88.

Tendo essa ideia de contemporaneidade, e de inimigo contemporâneo, pode ser feito um paralelo com os ensinamentos de Raúl Zaffaroni, para quem a evolução tecnológica e a globalização em si, modificou a situação mundial, constituindo um fator determinante que atinge discussões no campo penal e político-criminal e que está intimamente ligada ao poder discricionário do magistrado:

Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *volkisch* e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrasar vidas; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade⁴⁸.

Prossegue o doutrinador afirmando que a presença descarnada do inimigo da sociedade no direito penal, é de caráter político, por se tratar de uma questão exclusivamente política.

No mesmo sentido, as afirmações do doutrinador são corroboradas pela percepção do latente vínculo entre poder punitivo e poder estatal, sendo que, em um contexto histórico, o primeiro foi exercido para garantir a debilitada centralidade da autoridade papal na época da inquisição, recaindo, “*de forma genocida*”, sobre seitas ou dissidentes ideológicos. Posteriormente, com a quase extinção dos primeiros, passou esse poder a ser exercido sobre mulheres, com tal procedimento sendo adaptado e utilizado pelos tribunais laicos⁴⁹.

Ora, perceba que isso apenas corrobora com a afirmação feita no primeiro título deste trabalho, onde a evolução histórica que influenciou nossos tribunais e juízes, terminaram por afirmar os poderes discricionários dos magistrados, passando estes a agir em nome de um poder punitivo estatal, com a iniciação de uma cruzada contra o inimigo do Estado. Porém, quem é esse inimigo?

Importante distinguir que não se está a falar do inimigo do Estado em um contexto global, mas sim em um contexto político interno do próprio Estado soberano. Destarte, resta saber se pode o Estado aniquilar a ameaça interna com base em preceitos ou indícios de delito, seja ele de qualquer espécie.

⁴⁸ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 16.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 87.

Neste sentido, para Zaffaroni, a doutrina moderna não só admitiu a seletividade feita pelo judiciário e pelos julgadores, como tratou de legitimá-la, aceitando que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo⁵⁰.

Acontece que, a única maneira de legitimar esta seletividade de combate ao terror no Brasil, feita pelo poder punitivo, tem sido apelado ao valor da pena e do encarceramento preventivo, justificando-os como o legítimo combate à corrupção e ao crime de modo geral. Se prende para depois processar, aniquilando o inimigo antes mesmo que haja uma ação penal (prisões preventivas em inquéritos policiais). Ora, como dito anteriormente, utilizado de forma errônea, o processo se torna um sepultamento de reputação, excluindo aquele cidadão do seio social, passando a vigorar como uma espécie de leproso para os demais, ou melhor, um proscrito (*outcast*), o que é ainda pior quando este cidadão é levado ao encarceramento, o que para a sociedade em volta tem se tornado um atestado de culpa.

Indo além, admitir a seletividade é retornar aos tempos da barbárie inquisitória do Estado monárquico e soberano (Leviatã). Selecionar o inimigo é, para Bodin, uma forma de legitimação e manutenção da grandeza do Estado:

Há dois meios pelos quais as Repúblicas matem seu Estado e sua grandeza: os prêmios e os castigos. Os primeiros para os bons, os outros para os maus. Sem este equilíbrio, só resta esperar a inevitável ruína do Estado. Sem dúvida, não é necessário que todos os fatos criminosos sejam castigados, porque não haveria juízes em número suficiente para fazê-lo e tampouco carrascos para executar suas ordens. Deste modo, para dez crimes, há apenas uma condenação e normalmente os condenados são ardilosos. Aqueles que tem amigos ou dinheiro habitualmente escapam da mão dos homens. Claro que nem seus amigos e nem seus bens protegerão da mão de Deus⁵¹. (grifei e destaquei)

Não importa a extrema seletividade que exclua os amigos e os endinheirados do alcance do poder punitivo, porque bastava punir um em dez, ainda que este fosse um esperto qualquer ou um velho. A única explicação para que Bodin visse cumprindo o primeiro requisito de seu parágrafo era que as execuções dos espertos servissem apenas exemplarmente, ou seja, para reafirmar a confiança no próprio sistema.

Veja, a preocupação de Bodin não é com a punição, ou mesmo resposta à sociedade pelos crimes da qual foi vítima, é “saúdável (*c’est une chose salubre*) para o corpo da República buscar e punir severamente os bruxos. De outra maneira, existe o perigo de o próprio povo matar a pedradas os magistrados e os bruxos”⁵². O Estado precisa sobreviver, mesmo que

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 88.

⁵¹ JEAN, Bodin. **De la demonomanie des sorciers**. *De l’inquisition des sorciers*. Apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 89.

⁵² JEAN, Bodin. **De la demonomanie des sorciers**. *De l’inquisition des sorciers*. Apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 89.

para isso sacrifique os conceitos de justiça, moral, ética, isonomia e equidade. Tudo pelo Estado e nada contra o Estado.

Exemplo disso é o que se sucedeu na ação penal nº 0005962-83.2016.8.26.0635, que corre na justiça do estado de São Paulo, quando do julgamento do *habeas corpus* impetrado pela Defensoria do Estado de São Paulo, onde o e. Magistrado, em decorrência da reincidência do paciente, determinou a prisão preventiva para “fins de garantia da ordem pública” *ex officio*⁵³.

Veja, se tratava de um *Habeas Corpus* impetrado em favor do paciente que estava preso, questionado a necessidade do pagamento de fiança estipulada em R\$ 1.000,00 (mil reais) e que o magistrado julgador, utilizando-se de seu poder discricionário do art. 312, do Código de processo Penal, determinou a prisão preventiva de **ofício** do paciente, justificando a garantia da ordem pública, sem nem mesmo fundamentar tal conceito que detêm enorme subjetividade (tendo em vista que a decisão possui duas páginas). No caso específico o bom senso prevaleceu, tendo o Superior Tribunal de Justiça, na lavra do Ministro Nefi Cordeiro, proferido a seguinte decisão:

Trata-se de habeas corpus impetrado em face de decisão do Desembargador Relator do Tribunal *a quo* que indeferiu o pedido liminar na impetração originária, e, monocraticamente, decretou a prisão do paciente. O impetrante sustentou que aviou o *habeas corpus* no Tribunal estadual, a fim de revogar a fiança arbitrada pelo Juiz de primeiro grau, e o Desembargador Relator, além de indeferir a liminar, decretou a prisão preventiva do paciente. Sustenta ainda que, ao não acolher o pedido contido no remédio constitucional impetrado em segunda instância e, de outro lado, mesmo em sede liminar, decretar a prisão preventiva do paciente, a decisão do Desembargador paulista piorou consideravelmente a situação do paciente, constituindo clara reformatio in pejus, tornando, portanto, a decisão ilegal e teratológica (fls. 5). O paciente, LUIZ SERRA DOS SANTOS, foi preso em flagrante pela prática do delito tipificado no artigo 155, caput, do Código Penal (fl. 21). Na origem, ação penal 0005962-83.2016.8.26.0635, foi informado que o decisum proferido pelo Tribunal ad quem foi cumprido, sendo determinada a cassação da fiança e decretada a prisão do paciente (fls. 51/55). É o relatório. DECIDO.

[...]

Assim, vejo manifesta ilegalidade na decisão atacada, apta a autorizar a mitigação da Súmula 691/STF e mesmo a supressão do agravo regimental. Ante o exposto, concedo a liminar para sustar os efeitos da decisão atacada, restabelecendo a cautelar de fiança antes vigente e dispensando seu pagamento nos termos e condições do art. 350 do CPP, com a soltura do paciente LUIZ SERRA DOS SANTOS, até o julgamento do mérito do *habeas corpus* no Tribunal de origem, que não resta prejudicado por esta decisão, e sem prejuízo ainda da possibilidade de determinação de novas medidas cautelares, inclusive diversas da prisão, fundamentadamente. Comunique-se, com urgência, a autoridade coatora e o juízo de primeiro grau, encaminhando-se-lhes cópia desta decisão. Após, ao Ministério Público Federal, para manifestação. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 22 de junho de 2016. MINISTRO NEFI CORDEIRO Relator (Ministro NEFI CORDEIRO, 24/06/2016)⁵⁴.

⁵³ <https://www.conjur.com.br/2016-jun-09/oficio-juiz-decreta-prisao-cautelar-hc-questionava-fianca>

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 361482/ SP. Decisão Monocrática. Paciente: Luiz Serra dos Santos. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 24 de junho de 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=%220005962->

Em tempos modernos se pretende deixar o indivíduo fora do direito penal e das garantias penais materiais e processuais, para entregar-lhe às prestações punitivas preventivas e aceleradas, ignorando os direitos constitucionais e princípios inerentes de cada cidadão, tais quais o da presunção de inocência, do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros.

Disso, surge o alerta feito por Zaffaroni⁵⁵:

A verdade, porém, é que aceitar o tratamento diferencial dos inimigos ou estranhos pretendendo – à moda garofaliana – que eles sejam reconhecidos onticamente é uma questão que, por mais que seja tratada com prudência, sempre implica um enorme risco de radicalização ou, mais precisamente, a certeza de que em algum momento a prudência será abandonada, especialmente se, como atualmente, corre pelo mundo uma perigosa onda de publicidade partibulária volkish ou generalizam-se campanhas publicitárias de lei e ordem (*Law and Order, Gesetz und Ordnung*)

Assim, se esquece da qualidade do direito e se valoriza o resultado, mesmo que isso passe por cima de procedimentos legais, se pretendendo saber quem é o inimigo do Estado, sem perceber o risco da arbitrariedade política: o inimigo é quem é inimigo. É a aplicação do rotulo sendo imposto pelo poder político (*Labeling Approach*).

Daí surge a necessidade e a obrigação do Poder Estatal de estabelecer regras e princípios que protejam seus cidadãos do próprio Poder autoritário do Direito Penal.

Pensando nisso, Luigi Ferrajoli falou em *axiomas garantistas* que não expressam proposições assertivas, mas prescritivas; prescrevem o que deve ocorrer; determina condições que um sistema penal deve satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa⁵⁶.

Ele determina dez axiomas garantistas, cognitivos ou de legalidade estrita do sistema penal SG (sistema garantista criado pelo autor), começando de um grau garantista máximo, pressupondo, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados. São eles: (A1) *nulla poena sine crimine*, (A2) *nullum crimen sine lege*, (A3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, (A4) *nulla necessitas sine injuria*, (A5) *nulla injuria sine actione*, (A6) *nulla actio sine culpa*, (A7) *nulla culpa sine judicio*, (A8) *nullum judicium sine accusatione*, (A9) *nulla accusatio sine probatione*, (A10) *nulla probatio sine defensione*⁵⁷. A

83.2016.8.26.0635%22&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 103.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 90.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 91.

ligação é particularmente estreita entre os axiomas A1-A6, que enunciam garantias penais, e entre os axiomas A7-A10, que enunciam as garantias processuais.

Para Ferrajoli, o significado de cada um é:

Denomino estes princípios, ademais das garantias penais e processuais por eles expressas, respectivamente: 1) princípio da *retributividade* ou da consequencialidade da pena em relação ao direito; 2) princípio da *legalidade*, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do direito penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do evento; 5) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; 6) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; 10) princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade⁵⁸.

Estes dez princípios, ordenados e conectados sistematicamente, definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, ou seja, regras fundamentais a serem seguidas dentro do Direito Penal, na aplicação *interna corporis* aos cidadãos dentro do Estado soberano. Em contrapeso, está o direito penal do inimigo, aplicado aos crimes transnacionais, atingindo estado ilegais ou terroristas. Nessa balança está o que se busca aquilatar na presente monografia: qual a dosimetria de direito penal a ser aplicado nos crimes de corrupção? O direito penal constitucional legal garantista ou o direito penal do inimigo?

Segundo o doutrinador, estes princípios estão intimamente ligados aos direitos naturais, de um pensamento jusnaturalista do século XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto. E mais, eles estão incorporados em constituições nacionais pelo mundo, como pode ser observado na própria Constituição Brasileira, no art. 5º, incisos LIV e LV⁵⁹ - dentre outros -, e que devem ser respeitados a todo custo.

Não se pode questionar a legitimidade destes princípios e sua aplicação efetiva dentro do processo penal, mesmo que o réu se trata de um dos mais procurados terroristas. A obediência aos princípios constitucionais e à lei, está acima de qualquer cruzada jurisdicional dos magistrados, por mais justa que o julgador possa acreditar que seja, uma vez que a não

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 91.

⁵⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de setembro de 2018.)

observância destes regramentos levaria ao autoritarismo do Estado. A subjetividade do magistrado pode tornar o ato do Poder Judiciário nulo pela não observação da imparcialidade, eventualmente, ferindo os princípios garantistas.

Observe, por exemplo, a nomeação para a Suprema Corte Americana do magistrado Robert Bork, nomeado pelo antigo presidente Ronald Reagan. Assim como no Brasil, nos Estados Unidos um magistrado nomeado para Suprema Corte deve ser sabatinado pelo Senado. Naquela ocasião, o nomeado apresentava ideologia e pensamento firmado para o sentido de que elementos centrais de uma doutrina constitucional universalmente aceita não passavam de erros que agora podem e devem ser corrigidos por uma Corte ideológica. Assim, seus julgamentos estariam, provavelmente, enviesados por opinião ideológica pessoal⁶⁰.

Portanto, para Dworkin, independentemente de partido ou ideologia, os senadores deveriam se sentir incomodados com o fato de que não havia justificativa coerente para adoção de posições antijurídicas radicais:

Os senadores não devem rejeitar um juiz em potencial só porque discordam de suas opiniões particulares acerca de certas questões constitucionais. Porém, no processo pelo qual alguém chega a ser confirmado como juiz da Suprema Corte, o Senado tem uma responsabilidade constitucional que não se reduz ao ato de garantir que o indicado não seja nem um criminoso nem um louco. A Constituição não é só um documento, mas também uma tradição, e o Senado tem de procurar garantir que o indicado tenha disposição de entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do direito, e não de questioná-la e substituí-la movido por uma visão política radical que não pode ser objeto de argumento⁶¹.

Por isso, no magistrado, não basta a análise objetiva de caráter, mas, também, uma análise subjetiva de sua moral e princípios condizentes com a conduta necessária para interpretar e apontar o que é o legal ou ilegal, justo ou injusto, com base na lei posta pela sociedade em sua norma constitucional e infraconstitucional. A interpretação e a discricionariedade não podem se confundir com a posição ideológica pessoal do julgador, sob pena de violação de normas e preceitos naturais do indivíduo.

O resultado empírico desse desequilíbrio poderia ser observado na nomeação do juiz Bork para a Suprema Corte Americana. Veja, Dworking explica que caso o magistrado apontado pelo presidente naquela oportunidade viesse a ser confirmado para o cargo, uma vez que sua posição afirmada e declarada interferisse nas decisões a serem tomadas por aquela Corte, o Tribunal apresentaria um posicionamento ideológico fixo, tendo em vista que, naquele momento, o magistrado Lewis Powell era sempre o voto de desempate, ora votando com as

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 423

⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 423.

ideologias mais conservadoras, ora votando com ideologias mais liberais. Com a confirmação do juiz Bork como magistrado da Suprema Corte as decisões estariam sedimentadas para um único lado e o equilíbrio estabelecido pelo juiz Powell seria irrelevante, porque, provavelmente, a avaliação do caso concreto restaria prejudicada pela fixação de entendimento da maioria imutável da corte. A discricionariedade e o juízo ideológico do magistrado poderiam desequilibrar o sistema judiciário, podendo colocar em xeque as interpretações constitucionais e, conseqüentemente, a aplicação da lei.

Caso muito parecido aconteceu no Brasil quando da nomeação do atual Ministro da Suprema Corte Edson Fachin. Jurista conhecido e renomado em todo o país, Fachin detinha sob sua nomeação certa suspeita de que suas eventuais decisões estariam maculadas por posicionamentos ideológicos pessoais, podendo prejudicar o processo de impeachment que estaria tramitando dentro do Legislativo contra a então presidente da República, que Fachin apoiara na eleição de 2010. Sua sabatina no Senado durou cerca de 12 horas, a mais longa dos últimos 20 anos⁶², tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado por 20 votos favoráveis a 7 contrários.

Contudo, diferente do que se passara nos Estados Unidos, Fachin assumiu o cargo de Magistrado da Suprema Corte e vem realizando um bom trabalho, sem muitas críticas.

Entretanto, o receio era legítimo, como defende Dworking:

Se Bork votar como aqueles que o apoiam têm todos os motivos para pensar que votará, a Corte terá perdido esse equilíbrio que lhe era dado por Powell e terá perdido, ao mesmo tempo, a oportunidade de garantir que os processos sejam decididos um a um, de acordo com a questão em disputa e não segundo um simples critério ideológico. Por isso, o Senado não deve aplicar os critérios latos que procura aplicar quando um presidente simplesmente quer que sua filosofia constitucional esteja representada na Suprema Corte. A indicação de Bork marca o auge de uma ambição presidencial muito diferente: de engessar essa instituição, pelo maior tempo possível, numa ortodoxia projetada pelo próprio Presidente⁶³.

Deve haver limite ao poder decisório do magistrado, não podendo ser a discricionariedade ilimitada, mesmo que a Lei o autorize, devendo se lembrar que há direitos naturais a serem observados e – mais especificamente dentro do tópico do Direito Penal – garantias que o processo e o direito intrínseco do ser humano limitarão as decisões ideológicas sob a perspectiva do justo e legal.

Daí, retornando aos princípios de Ferrajoli, o próprio autor determina que a tipologia do sistema garantista – os 10 princípios anteriormente estabelecidos – não é exaustivo,

⁶² <http://www.valor.com.br/politica/4057116/fachin-enfrentou-sabatina-mais-longa-e-tensa-dos-ultimos-20-anos>

⁶³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 425.

podendo ser acrescidos ao longo do tempo, havendo uma quantidade inumerável de sistemas penais de diversas espécies.

Contudo, dentro dos sistemas penais, além daquele sistema garantista, há também sistemas penais autoritários, onde, dependendo do sistema, algum ou alguns axiomas são relevados ou mesmo não existem. Ferrajoli define estes Sistemas como:

- sistema sem prova e sem defesa;
- sistema sem acusação separada;
- sistema sem culpabilidade;
- sistema sem ação;
- sistema sem ofensa;
- sistema sem necessidade;
- sistema sem delito;
- sistema sem juízo; e
- sistema sem lei⁶⁴.

Estes sistemas, segundo o autor, valem para configurar modelos teóricos e normativos de grau de garantismo continuamente inferiores, mas, também, para descrever as composições reais do ordenamento penal positivo ou de institutos específicos, que de fato carecem de garantias acerca de seus modelos normativos de nível jurídico superior.

Fazendo a ligação com o combate ao terror ou guerra ao terror, estes sistemas, confabulados com discricionariedade do magistrado permitida pela lei, mas não limitada por ela, e sim limitada pela moral e subjetividade do juiz, permitem atrocidades e autoritarismo para o combate ao inimigo, suprimindo o direito e as garantias naturais do cidadão, transformando o ato jurisdicional em um ataque à garantia principiológica do direito penal.

Com isso, vem o questionamento principal deste tópico: poderia o direito garantista ser mitigado por medidas restritivas aplicadas pelo magistrado para aniquilação do inimigo?

Voltando a Francisco Conde⁶⁵, o autor explica que é necessário verificar se as medias aplicadas dentro do processo penal são legítimas para o combate efetivo ao crime, e até que ponto elas são legítimas.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014. p. 96.

⁶⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 46.

Assim, a aplicação de um tratamento de inimigo ao réu viola ou não os princípios do Estado Democrático de Direito e respeitam os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente? Obviamente que não. O tratamento apontado por Jakobs consiste em relevar certos princípios relacionados ao garantismo penal para a apenação de uma conduta criminosa, o que para ele seria justo, uma vez que o crime não aplica regras pré-definidas à atividade delituosa. Portanto, seria correta a mitigação de certos direitos para se entregar uma resposta contundente à sociedade.

Contudo, nesta relação desbalanceada, a proporcionalidade da força aplicada pelo Estado para a contenção e aplicação do Direito Penal pode ser desarrazoada para certos indivíduos que tenham, ou não, participação na atividade delituosa. Seria o chamado dano colateral. São os respingos de uma reação estatal ao crime organizado a cidadãos pegos no fogo cruzado, o que, como mais afrente será exposto, é um mal necessário na visão de certos autores.

Prova desta necessária mitigação:

[...] os governos e poderes legislativos, inclusive em países com arraigada tradição democrática, pressionados pelos meios de comunicação e sua opinião pública alarmada com o incremento de tais problemas, sobretudo após os graves atentados terroristas dos últimos anos, em especial o de 11 de setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, adotaram uma série de medidas legislativas que se afastam, quando não claramente infringem, os limites constitucionais do Direito Penal no Estado de Direito. Um exemplo deste tipo é o Ato Patriótico de outubro de 2001 e as ordens militares aprovadas nos Estados Unidos depois do atentado de 11 de setembro. Felizmente, neste mesmo país, alguns juízes vêm considerando inconstitucionais muitos destes preceitos por infringir os direitos fundamentais, como o direito ao devido processo, à intimidade, etc.; ainda que de um modo ou de outro sigam vigentes e dando lugar a situações como a dos presos afegãos na base norte-americana de Guantánamo (...), e dos abusos e torturas dos presos iraquianos na prisão de Abu Craig⁶⁶.

Assim, repita-se, há um conflito posto e aplicado nos tribunais nacionais sobre uma aplicação enérgica do direito penal para o tratamento do acusado, beirando, em certos casos, uma tortura psicológica em busca de uma luz para a investigação, ou mesmo a confissão do réu que justificasse o tratamento de inimigo.

Com isso, cabe ao magistrado ponderar e aplicar a medida que mais se amolda ao caso concreto, entregando ao Estado-Juiz o poder decisório: tratar o réu com todas as garantias penais necessárias ao Estado de Direito, ou aplicar o tratamento dado ao inimigo da nação? Assim, novamente, a discricionariedade é quem irá decidir qual o caminho a ser seguido.

Por estas razões, esta subjetividade decisória do magistrado deve ser analisada com cautela, uma vez que, mesmo diante de todas as regras imposta ao magistrado neste capítulo, em busca de uma segurança garantidora da aplicação justa de um Direito Penal,

⁶⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal do inimigo**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 48.

Piero Calamandrei explica que não basta “que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecesse igualmente a sociedade em que essas leis devem viver”⁶⁷.

Para o doutrinador, uma sentença deriva de um sentir e que, no julgamento, a intuição e o sentimento do magistrado se fazem presentes, exercendo um papel maior do que se imagina, levando ao que ele considerou como um senso de justiça do magistrado.

E mais:

À força de trabalhar dobre os artigos dos códigos e de compará-los com os casos práticos, os juízes chegaram a discernir na lei uma quantidade de significados que estavam implícitos em sua fórmula geral, mas não eram visíveis a olho nu. A lógica jurídica assemelha-se à lente de aumento, que serve para distinguir e isolar os finíssimos fios retorcidos de que é composto um barbante (cada fio da lei se torna, através da lógica do juiz, uma máxima de jurisprudência); ou melhor, assemelha-se ao binóculo, através do qual, à medida que se ajusta o foco, os detalhes das coisas se tornam visíveis, os contornos se tornam mais nítidos. Por fim, quando o binóculo está com o foco ajustado, parece que não há mais nada a descobrir. Assim acontece no caso desse paciente trabalho de focalização que os juízes realizam na lei: no lugar dela, frequentemente lacunosa e obscura, entra um sistema acabado e coerente de máximas jurisprudenciais, *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, em cujo âmbito todo o caso possível parece que deve encontrar sem dificuldade sua sistematização precisa⁶⁸.

Assim é deveras necessário o ativismo judicial para que as lacunas deixadas pelo legislador, sejam de fato fechadas, restando o entendimento que deve ser aplicado para os casos futuros, mesmo que estas lacunas estejam sendo preenchidas com fundamento intrínseco do magistrado, não relevando a legislação, mas interpretando-a de forma que seus sentimentos acabam por se envolver no processo.

Neste sentido, Lenio Streck explica que independente de toda evolução histórica do direito, há sempre um elemento comum entre eles: “o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podendo esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda)”⁶⁹.

No Artigo de Crystal S. Yang chamado “*Free at last? Judicial Discretions and Racial Disparities in Federal Sentencing*”⁷⁰ a autora avaliou a fonte das discrepâncias raciais

⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes visto por um advogado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 183.

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, visto por um advogado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 184.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica hermenêutica do Direito. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. P. 53.

⁷⁰ YANG, Crystal S.. *Free at last?: Judicial Discretions and Racial Disparities in Federal Sentencing*. Tese (Paper for course/seminar/workshop) - Harvard Law and Economics Seminar, University's DASH repository, 2013.

nas sentenças de mais de 400.000 (quatrocentos mil) réus na Justiça Federal dos EUA e afirmou que:

Policymakers also recognized that judges were often “left to apply [their] own notions of the purposes of sentencing,” leading to “an unjustifiably wide range of sentences to offenders convicted for similar crimes” (S. Rep. No 98-225 1983). In order to eliminate unwarranted sentencing disparities “among defendants with similar records who have been found guilty or similar criminal conduct,” Congress created the United States Sentencing Commission to adopt and administer the Guidelines. Part of the SRA of 1984, the Guidelines were applied to all federal offenses committed after November 1, 1987, and prohibited courts from using race, sex, national, creed, religion, and socioeconomic status in sentencing decisions⁷¹.

Yang chama a atenção para o fato de que as sentenças no fim da década de 80 tiveram que ser controladas pelo poder legislativo, que determinou que as mesmas deveriam ser pautadas por estas “*Guidelines*” (diretrizes), criadas por terceiros alheios ao processo, mas que tiveram que intervir para impedir a injustiça causada pela discricionariedade do magistrado nas sentenças decisórias.

Essas *Guidelines* se tratavam de um sistema onde se entabulou os crimes em 43 grupos de ofensas e, para cada réu se estabeleceria uma das seis categorias de histórico criminal, criado por este sistema. Quanto mais grave o crime, maior o grupo de ofensas. O sistema determinante de aplicação de pena, por métodos subjetivos dos magistrados foi mitigado, requerendo, para sentença condenatória, critérios objetivos, estipulados por outro poder (o Congresso).

Contudo, como era de se esperar, tal determinação não prosperou por muito tempo, sendo considerada inconstitucional em 2005, em face a Sexta Emenda, no caso *United States v. Booker*. A Suprema Corte Americana decidiu que as *Guidelines* não se tratavam de determinação mandatória, mas apenas de orientação, explicando que as Cortes não estavam vinculadas a uma obrigatoriedade de aplicação das diretrizes, mas deveriam consulta-las e leva-las em consideração quando da prolação da Sentença⁷².

Contudo, antes desta decisão, o legislador americano chegou à conclusão de que as *Guidelines* deveriam servir como pena base para o limite da aplicabilidade das diretrizes e, de

⁷¹ O legislador também reconheceu que juízes estavam sendo “deixados para aplicar a própria noção do propósito da sentença,” levando para “uma injustificável área de atuação de sentenças de réus condenados pelos mesmos crimes” (S. Rep. No 98-225 1983). Tentando eliminar as disparidades injustificadas das sentenças “entre réus com antecedentes similares que foram condenados por crimes parecidos,” o Congresso criou a *United States Sentencing Commission* para adotar e administrar as Diretrizes. Como parte do SRA de 1984, as Diretrizes foram aplicada a todos os crimes federais cometidos após 1 de novembro de 1987, e proibiu as cortes de usarem raça, sexo, nação de origem, credo, religião na status socioeconômico nas sentenças decisórias. YANG. Crystal S.. Free at last?: Judicial Discretions and Racial Disparities in Federal Sentencing. Tese (Paper for course/seminar/workshop) - Harvard Law and Economics Seminar, University’s DASH repository, 2013. p. 4. (tradução livre do autor)

⁷² YANG. Crystal S.. Free at last?: Judicial Discretions and Racial Disparities in Federal Sentencing. Tese (Paper for course/seminar/workshop) - Harvard Law and Economics Seminar, University’s DASH repository, 2013. p. 6.

acordo com o 18º U.S Code § 3553 (a), o magistrado, antes de determinar uma sentença, deveria observar sete fatores: 1) a natureza e a circunstância do crime e a história e característica do réu; 2) a necessidade da sentença; 3) os tipos de sentenças disponíveis; 4) o tipo de sentença e o limite que esta sentença atingirá; 5) qualquer política pertinente determinada pela Comissão de Sentença (Commission Sentencing); 6) a necessidade de evitar as disparidades injustificadas das sentenças de réus com registros similares que são considerados culpados e tenham condutas similares no crime e; 7) a necessidade de restituir o dano causado à vítima⁷³.

Alguns destes fatores podem remeter o leitor ao art. 59, do Código Penal Brasileiro, onde o magistrado, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime as penas aplicáveis. Contudo, a subjetividade nestes fatores é ainda grande, deixando ao magistrado a liberdade de reprovação da conduta. Daí, diferindo do

⁷³ 18 U.S. Code § 3553 - Imposition of a sentence

(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence.—The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider—

(1) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant;

(2) the need for the sentence imposed—

(A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense;

(B) to afford adequate deterrence to criminal conduct;

(C) to protect the public from further crimes of the defendant; and

(D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner;

(3) the kinds of sentences available;

(4) the kinds of sentence and the sentencing range established for—

(A) the applicable category of offense committed by the applicable category of defendant as set forth in the guidelines—

(i) issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994(a)(1) of title 28, United States Code, subject to any amendments made to such guidelines by act of Congress (regardless of whether such amendments have yet to be incorporated by the Sentencing Commission into amendments issued under section 994(p) of title 28); and

(ii) that, except as provided in section 3742(g), are in effect on the date the defendant is sentenced; or

(B) in the case of a violation of probation or supervised release, the applicable guidelines or policy statements issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994(a)(3) of title 28, United States Code, taking into account any amendments made to such guidelines or policy statements by act of Congress (regardless of whether such amendments have yet to be incorporated by the Sentencing Commission into amendments issued under section 994(p) of title 28);

(5) any pertinent policy statement—

(A) issued by the Sentencing Commission pursuant to section 994(a)(2) of title 28, United States Code, subject to any amendments made to such policy statement by act of Congress (regardless of whether such amendments have yet to be incorporated by the Sentencing Commission into amendments issued under section 994(p) of title 28); and

(B) that, except as provided in section 3742(g), is in effect on the date the defendant is sentenced.[1]

(6) the need to avoid unwarranted sentence disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar conduct; and

(7) the need to provide restitution to any victims of the offense. (Estados Unidos. *U.S. Code, Title 18, part II, Chapter 227, Subchapter A, § 3553*. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3553>. Acesso em: 13 de junho de 2018).

que há no Brasil, tentando evitar essas discrepâncias nas sentenças, o Legislativo Norte Americano estabeleceu os fatores 5 e 6 das sentenças: 5) qualquer política pertinente determinada pela Comissão de Sentença (Commission Sentencing); 6) a necessidade de evitar as disparidades injustificadas das sentenças de réus com registros similares que são considerados culpados e tenham condutas similares no crime.

Mesmo assim, Yang, em sua pesquisa, conclui que:

After almost two decades of mandatory Guidelines sentencing, the Supreme Court struck down the Guidelines in *United States v. Booker*, greatly increasing the degree of judicial discretion. In subsequent decisions, the Court further increased discretion by reducing the degree of appellate review and granting judges explicit permission to reject the policies of Sentencing Commissions⁷⁴.

Portanto, na conclusão de Yang o próprio Poder Judiciário Norte Americano revogou a determinação expressa da lei (fator 5, 18 U.S Code § 3553 [a]), em decorrência dos julgamentos, na Suprema Corte, dos casos sucessores a *United States v. Booker*. E mais, com os elementos utilizados por Yang para sua pesquisa, ela chegou à conclusão que, com o fim da era das *Guidelines*, a liberdade discricionária das decisões judiciais levou a um aumento significativo nas disparidades raciais nas sentenças. Após quatro anos do caso Booker, as sentenças de réus negros eram agravadas em 4.4 meses, quase 10% de aumento da média das durações das demais sentenças.

O artigo demonstra não apenas a diferença que a subjetividade do magistrado pode acarretar, mas, também, a real dificuldade em controlar a discrepância em sentenças enviesadas de ideologia particular do julgador, quando os próprios julgadores são competentes para revogarem medidas que entendam prejudiciais às suas decisões, impostas pelos outros poderes. E a tentativa de encontrar um meio termo para o assunto não é nova. Em 1923 Nathan Isaacs publicou no Yale Law Journal um artigo intitulado “*The Limits of Judicial Discretion*”, em que afirma:

There are really two difficulties involved in every attempt to reduce discretion to a series of rules. The first is connected with the fact that law consists not only of rules but also of principles and, as Dean Pound has made clear, of standards. There are, of course, some branches of law that readily lend themselves to formulation in the shape of definite rules. The outstanding examples are those in which certainty is the chief prerequisite, for example, commercial law and property law. On the other hand, there are branches in which themselves simply command the judge to make a rule for a particular case in accordance with a broad general principle or to attempt a standard which must consciously or unconsciously be formulated in the light of all the

⁷⁴ Após quase duas décadas de diretrizes mandatórias para sentenças, a Suprema Corte derrubou as diretrizes em *United States v. Booker*, aumentando significativamente o grau de discricionariedade judicial. Em subsequentes decisões, a Corte aumentou ainda mais a discricionariedade reduzindo o grau de revisão em apelações e garantindo aos juízes permissão explícita de rejeitar políticas da Comissão de Sentença (*Sentencing Commission*); YANG. Crystal S.. **Free at last?:** Judicial Discretions and Racial Disparities in Federal Sentencing. Tese (Paper for course/seminar/workshop) - Harvard Law and Economics Seminar, University's DASH repository, 2013. p. 27. (tradução livre do autor)

circumstances before it can be applied. Thus, when the law speaks of “due care under the circumstances,” no amount of role-making can eliminate the personal equation in the application of this standard. The circumstances of life are too variegated and unforeseeable. But there is a second difficulty to be faced by those who would reduce discretion to a series of rules. There are places in which the law, even the statute law, deliberately refuses to dictate a rule and clearly creates a rage for freedom from restraint in the decision of the judge. As was said in *More v. City of Reading*:

“half the statutes on our books are in the alternative, depending upon the discretion of some person or persons to whom is confided the duty of determining whether the proper occasion exists for executing them.”

Hence, regardless of the definition of the word “discretion” that we may adopt, there is within our law a sphere be it ever so limited, and be it called discretion or anything else, of freedom from rule on the part of the court.⁷⁵

Na visão do autor a dificuldade em entender e até mesmo limitar a discricionariedade do magistrado reside no fato de que ele é quem julga se a própria subjetividade atenta contra a lei e a justiça, sendo que sua consideração pode se tornar uma lei propriamente dita.

Entretanto, dentro do pensamento moderno positivista, esse entendimento de que a subjetividade pode e deve concertar o silêncio da lei é de fato o caminho correto a ser seguido:

Aliás, como bem diz o positivista autodenominado ético ou normativo, Tom Campbell: um juiz positivista não pode e não deve fazer juízos “mecânicos quando se depara com normas vagas e ambíguas ou com situações para as quais não existe norma prevista. Todos os positivistas têm defendido juízos discricionários, ao menos como soluções ‘dos males o menor’ (menos ruins), que ainda pode ser a melhor prática quando nos enfrentamos com normas formalmente ruins ou injustas (1989, p. 34)⁷⁶

Lenio Streck afirma que é necessário entender que a discricionariedade é um poder arbitrário, delegado ao magistrado para preencher os espaços silenciosos da lei. O que se recorda é que a zona que será preenchida pode apresentar uma consequência de uma construção ideológica desse mesmo juiz, até mesmo aumentando aquela incerteza que se visa sanar. Nesse

⁷⁵ Existem verdadeiramente duas dificuldades envolvendo a tentativa de reduzir a discricção para uma serie de julgamentos. A primeira se refere ao fato de que a lei consiste não em regras, mas também de princípios e, como o Reitor Pound deixou claro, de padrões. Existem, obviamente, ramos da lei que levam a si mesmo a formulação de formas definidas de regras. Os melhores exemplos são aqueles em que a certeza é o pré-requisito chefe, por exemplo, a lei comercial e lei de propriedade. Por outro lado, há ramos que comanda o juiz a fazer uma regra para um caso particular de acordo com um princípio geral ou na tentativa de padronizar, na qual deve conscientemente ou inconscientemente ser criada na luz de todas as circunstâncias antes que seja aplicada. Portanto, quando a lei fala de “*devido cuidado sobre as circunstâncias*”, nenhuma quantidade de atuação pode eliminar o caráter pessoal na aplicação destes padrões. As circunstâncias da vida são muito variáveis e imprevisíveis. Mas há uma segunda dificuldade para ser encarada por aqueles que querem reduzir à uma serie de regras. Há locais em que a lei, até mesmo o estatuto, deliberadamente se recusa a ditar a regra e claramente cria uma ampla área de liberdade sem restrição nas decisões do juiz. Como dito em *More v. City of Reading*: “metade dos estatutos em nossos livros estão na alternativa, dependendo da discricção da mesma pessoa ou pessoas à quem é confiado o dever de determinar se a melhor ocasião existe para executa-los”. Daí independente da definição da palavra “discricção” que podemos adotar, não há em nossa lei uma esfera que seja sempre tão limitada, e pode ser chamada de discricção ou qualquer outra coisa, de liberdade de julgamento por parte do tribunal. ISAACS, Nathan. **The Limits of the judicial discretion**. The Yale Law Journal, Yale, Volume 32, n. 4, p. 339-352 fevereiro. 1923. (tradução livre do autor)

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica hermenêutica do Direito. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 53.

sentido, “discricionariedade, no modo como ela é praticada no Direito brasileiro, acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade”⁷⁷.

A crítica se torna ainda mais contundente quando se propõe que o que se procura evitar é o *fundamentum incocussum absolutum veritatis*, ou seja, um fundamento definitivo e indubitável, encontrando sua justificação na subjetividade individual do sujeito. Em outras palavras, a limitação de uma discricionariedade do magistrado, busca evitar um solipsismo, definindo-o como uma concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito⁷⁸.

Neste sentido, o doutrinador ensina que esta visão única de mundo solipsista de análise fática do processo é única dentro de um procedimento judicial, que, com toda certeza, não seria reconhecido se não houvesse a proteção institucional do Poder Judiciário. Neste sentido, quem legitima esta hermenêutica única, dando liberdade discricionária do magistrado é o poder concedido ao Estado-Juiz, formado por aquilo já explicado no primeiro capítulo deste trabalho:

Há, finalmente, ainda outra advertência que se impõe: o sujeito solipsista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado em uma institucionalidade, falando de um determinado lugar (o lugar da fala, em que quem possui o *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na *Ilíada* ou com a posse da concha, no livro *The Lord of Flies*). Uma vez inserido em uma cotidianidade – para além desse lugar e sem os atributos desse poder de fala – perde-se no entremeio de outras institucionalidades. Portanto a alusão aqui é fundamentalmente ao solipsismo judicial. Ele pode não ter ou sofrer os necessários constrangimentos epistêmicos na sua função. Entretanto, no cotidiano, não age desse modo. Nem pode. Caso contrário, entraria em choque com a primeira pessoa que encontrasse na rua, que não o reconhece ou não reconhece na sua autoridade (a sua posse do *skeptron* fora da institucionalidade)⁷⁹.

Diante disso, insurgem-se diversas dúvidas e questionamentos quanto às interpretações judiciais, principalmente quando se trata de temas constitucionais – tratando-se de normas, muitas vezes, genéricas e de aplicação irrestrita –, bem como penais – nos casos notórios, tratando-se de questões de liberdade e liberdades provisórias.

O que não se pode confundir é que não se questiona a legitimidade hermenêutica do magistrado, mas sua ampla e irrestrita liberdade interpretativa, permitindo uma autoridade impunível da discricionariedade.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica hermenêutica do Direito. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 54.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica hermenêutica do Direito. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 273.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário da hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica hermenêutica do Direito. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 277.

Veja, discricionariedade não é a mesma coisa que interpretação e hermenêutica, mas, em verdade, estão conectadas, onde aquela é dependente de uma permissão legal destas, mas, uma vez concedida a possibilidade de aplicação discricionária, seu limite é a subjetividade do magistrado, desde que cumpra as normas e princípios, interpretativos, da Constituição.

Ou seja, ao fim tudo acaba sendo posto a uma subjetividade interpretativa do julgador, que, como bem explorado no trabalho de Crystal S. Yang, sempre que há uma ameaça limitadora ao poder de decisão do magistrado, o próprio Poder Judiciário pode revogar ou anular o ato limitador, estabelecendo um contínuo *imperium* da subjetividade do juiz⁸⁰.

É a subjetividade de uma norma ou princípio geral que legitima a hermenêutica subjetiva da norma posta, permitindo a aplicação discricionária de meios e métodos permitidos pela moral, ética e Constituição na persecução criminal e busca da verdade real. Tal sistemática pode parecer confusa e inaplicável diante do fato de que um mesmo poder pode legitimar o seu próprio ato. Mas como posto por nos ensinamentos de Lenio Streck, se trata de um solipsismo jurídico, permitido pelo meio judiciário, protegido pela institucionalização da justiça em um único centro de poder, este legitimado pelos cidadãos que compõem aquele Estado.

Assim, você não precisa entender o que se passa dentro do Poder Judiciário, nem mesmo entender sua interpretação para a norma penal, mas tão somente visualizar o resultado do processo penal, podendo este, de preferência, ocorrer previamente, para a satisfação do comum. Novamente e parafraseando Bodin que já foi colacionado neste trabalho, é uma escolha saudável sacrificar um corrupto para que a massa não se volte para o Estado e assassine-o, tirando-lhe as prerrogativas que lhe fazem o leviatã.

⁸⁰ No caso do artigo da professora de Harvard, ela demonstra com maestria que a criação do Sentencing Commission pelo Congresso americano foi uma tentativa de limitar as disparidades discricionárias na aplicação de sentenças federais americanas, tanto é assim, que a obediência dos enunciados do Sentencing Commission foi determinada pela Lei – 18 U.S. Code § 3553 (5) (A). Ou seja, foi uma tentativa do Poder Legislativo americano por meio de suas prerrogativas de *check and balances* de promover uma justiça social dentro do Poder Judiciário americano. Contudo, como dito pela autora, no caso *United States v. Booker* o próprio poder judiciário retirou esta obrigação de observância dos enunciados, invalidando a norma legal posta pelo Congresso, por considerá-la inconstitucional frente a Sexta Emenda que assim determina: *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence* (Em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado). Assim, uma interpretação subjetiva de uma norma claramente ampla, determinou que a discricionariedade para aplicação de uma sentença não deveria obedecer a critérios objetivos postulados por um outro poder, mas a subjetividade do magistrado aplicador da sentença final.

3 MEDIDAS PROVISÓRIAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Quando se fala em medidas provisórias restritivas de liberdade estamos falando de maneiras ou métodos, permitidos por lei, para que se restrinja a o direito natural de liberdade de cada indivíduo, quando ainda em curso o processo penal ou mesmo o próprio inquérito policial.

De acordo com Eugênio Pacelli, o atual Código de Processo Penal foi elaborado sob os auspícios da ideologia do chamado Estado Novo, de Getúlio Vargas, que constantemente flertava com os regimes ultranacionalistas e fascistas alemão e italiano dos anos 1930 e 1940. Disso, inegável é a influência do Código de Processo Penal italiano da época⁸¹.

Dessa influência se percebe que determinados dispositivos eram extremamente restritivos e até mesmo impensáveis para o mundo moderno:

Em relação a liberdade provisória, o Código manteve a tradição da legislação colonial e imperial, somente autorizando a restituição da liberdade ao aprisionado em flagrante, mediante a apresentação de fiança, consistente no depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou em hipoteca (art. 330), cuja perda, parcial, será decretada na hipótese de descumprimento de qualquer das condições estipuladas por ocasião da soltura (quebramento), e no seu valor integral, quando, condenado, o réu não se apresentar à prisão (arts. 341 e 344). A fiança, também como dantes, apenas é cabível em casos de imputação ou indiciamento de determinados crimes, considerados de menor gravidade e, por isso, de menor apenação.

A palavra prisão, originária do latim (*pressione*), significava o ato de prender, ou mesmo a captura. Nos dias atuais, podemos estabelecer que a palavra passou a significar: o lugar ou estabelecimento em que alguém fica segregado; o recolhimento do preso ao cárcere; ou mesmo a guarda, a manutenção da pessoa, na instituição de preso após a captura e o recolhimento.

Neste sentido, o penalista Hélio Tornaghi⁸² apresenta diversas classificações para o significado de prisão: a primeira diz respeito quanto à espécie, havendo diversos tipos de prisão – preventiva, provisória, flagrante e definitiva; quanto a natureza o autor define que todas espécies de prisões são iguais, sendo sempre a privação da liberdade de ir e vir; quanto a finalidade esta pode ser de sanção ou mesmo providência, ou seja, ou tem o fim retributivo ou provisória – cautelar, compulsiva e política – sendo que, o que define a prisão provisória da definitiva é o caráter de providência da primeira, que é meio apenas, destinado a cessar logo que se atinge o fim, enquanto a outra é fim (embora possa ter certas finalidades); e, por fim,

⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46.

⁸² THORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 144-145.

classifica-se quanto à origem, sendo que seu fundamento pode ser a própria lei (prisão em flagrante) ou a ordem da autoridade (demais casos).

Tendo estes preceitos em mente, o autor assevera que:

Há que punir. Mas para que a pena não seja aplicada a quem não cometeu infração e para que somente o seja na medida conveniente a quem praticou, é mister apurar fatos, ouvir pessoas, examinar documentos, fazer perícias, ponderar, julgar. Surge o *processo*, com todas as garantias que o tornam instrumento hábil para chegar à solução justa, com o máximo de segurança e o mínimo de dispêndio⁸³.

Assim, a prisão é, também, um importante instrumento processual que garantirá a retribuição ao réu em caso de condenação. Entretanto, mais que isso, o cuidado com a utilização deste método é uma das mais importantes características de um processo justo e que obedeça a todos os princípios e axiomas de um garantismo penal.

Noutro giro, como o enfoque principal deste trabalho não é a prisão definitiva, mas sim a provisória, o estudo desta aponta que prisões provisórias são acautelatórias, fundando-se na necessidade de chegar a uma solução correta, sendo que é justa desde que o bem comum a exija, motivo pelo qual o lapso temporal deste tipo de prisão é indeterminado.

Antes de avançar, é necessário sanar uma confusão constante quanto ao tema prisões provisórias. Os termos prisão provisória e prisão preventiva, levando a crer que ambos significam a mesma coisa. Contudo, é necessário entender que prisão preventiva é apenas um dos tipos de prisão provisórias conhecidos. Assim, toda prisão que não é definitiva é provisória. Ou seja, prisão provisória é, portanto, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão administrativa, prisão civil e prisão em virtude de pronúncia.

Tal clarificação se faz necessário para uma maior delimitação do tema do presente trabalho, sendo que o escopo deste estudo não é a análise das diversas medidas provisórias existentes, mas tão somente das prisões preventivas, espécie do gênero prisões provisórias.

Dito isso, retomando ao tema principal, as medidas cautelares – como prisão preventiva – tem por objetivo imediato o garantismo ao resultado final do processo. Contudo, o atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogerio Schietti Cruz⁸⁴ alerta que ao mesmo tempo que a doutrina do tema se convencem de a prisão cautelar somente deve ser utilizada para casos excepcionais, verifica-se, no Brasil, um uso crescente das medidas cautelares pessoais previstas em nosso ordenamento positivo, talvez motivado pelo momento político, social e econômico que o país atravessa no momento.

⁸³ THORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 146.

⁸⁴ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 21.

Novamente retornando às questões históricas, Schietti ensina que a evolução da prisão cautelar no curso da história serviu-se de diferentes justificativas, até se consolidar no que se conhece nos dias atuais.

Na Roma antiga o cárcere existia para custodiar as pessoas, não para punição, sendo que para determinação da custódia era necessário um grau de probabilidade de uma condenação, haja vista que a segregação do réu antes da sentença tinha o objetivo de garantir eventual aplicação da pena⁸⁵.

Já na época medieval com o crescimento da concepção inquisitorial, deixou a prisão de ter um rosto cautelar e passou a servir como meio de submissão a tortura, voltadas para alcançar a confissão.

Contudo, o que se observa nos dias atuais é, em diversos casos, uma mistura destes fundamentos quando da decretação da prisão preventiva. Por um lado, é necessária a custódia do acusado para a manutenção da legitimidade processual penal, por outro, é um eficiente mecanismo de confissão, funcionando como (em certos casos) o pilar de uma delação em troca de benefícios na aplicação da pena.

O colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu em sede de *Habeas Corpus* o que se segue:

PROCESSUAL PENAL - RECURSO EM "HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTAÇÃO - CLAMOR PÚBLICO - INOCORRÊNCIA.

O decreto cautelar é medida excepcional não obrigatória, cabendo a autoridade judiciária competente decidir da conveniência ou não de sua imposição, em despacho devidamente fundamentado, apontando as provas da existência do crime e do envolvimento da pessoa do indiciado ou acusado, além de demonstrar, com base em elementos de fato, a necessidade da custódia.

[...]

(RHC 4.724/PR, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, Rel. p/ Acórdão Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/1995, DJ 26/02/1996, p. 4031)⁸⁶

A palavra chave que se observa no precedente descrito é: conveniência. Cabe, portanto, ao magistrado competente a decretação de medidas restritivas. Contudo, o que se observa na junção deste precedente, com a leitura do art. 312 do Código de Processo penal é

⁸⁵ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 22.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus**. RHC 4724/PR. Quinta turma. Paciente: Norberto Ferreira Coutinho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro José Dantas. Relator para Acórdão: Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Brasília, 04 de outubro de 1995. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGeneric&num_registro=199500338718. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

que esta “conveniência” fica restrita à discricionariedade do magistrado responsável pelo processo.

Com isso, somos obrigados a retornar a um alerta feito por Carrara em 1872:

[...] todos reconhecem que o encarceramento dos acusados antes da condenação é uma injustiça; porque por suspeitas, muitas vezes falazes, é levado o transtorno às famílias, e são privados de sua liberdade cidadãos frequentemente honestíssimos, sessenta por cento dos quais são declarados inocentes na sentença de impronúncia ou na de absolvição⁸⁷.

Ou seja, mesmo diante do perigo causado pela discricionariedade da decretação da prisão preventiva, o Estado legitima a determinação de uma segregação social do acusado pelo bem do próprio processo, sendo que o Estado neste caso é o próprio juiz. Assim, o destino do acusado, mesmo que inocente, é delimitado ao interesse de uma satisfação subjetiva do próprio ser humano julgador.

Neste sentir, diante da proteção jurídica ao instituo, o Estado-Juiz, no caso de inocência, não errou, mas cometeu uma injustiça pelo bem do processo e do resultado sociológico, entregando um resultado, mesmo que negativo, à sociedade: o acusado foi preso, mas foi considerado inocente pelo processo, assim, mesmo que eu – Estado – tenha me equivocado quanto ao veredito, o indivíduo teve sua punição. É uma maneira do Estado se manter intacto, sacrificando a liberdade individual do cidadão, frente a outros tantos milhões de súditos.

Isto tudo, segundo Thornaghi é uma injustiça necessária, sendo, inclusive, considerada como pena, ou melhor, uma antecipação de pena.

Neste sentido, se posiciona o autor:

A prisão provisória é certamente um mal, como também é um mal de privação de dinheiro (imposto), do tempo (gasto por quem depõe como testemunha), da vida (soldado). Como também é um mal a lesão feita pelo cirurgião. É um mal para o indivíduo e deve ser evitado tanto quanto possível. Mas a questão está em saber se é injusto ou justo que o Estado exija de alguém (ainda que inocente) este sofrimento. A resposta somente pode ser afirmativa: é justo; cada um de nós, cada indivíduo, terá de tolerar certas privações, algumas dores, algumas coisas que em si mesma não são boas, se forem necessárias para o bem comum. São males, mas o não sofrê-los seria mal maior. E entre dois males o justo o correto o direito é que ocorra o mal menor⁸⁸.

Por todo o exposto até o momento, descordar-se-ia do doutrinador caso o mesmo não desse continuidade a sua explicação:

A prisão provisória tem em comum com a pena esse caráter aflitivo. Mas para que haja pena não basta a aflição. Seria absurdo ver em todo sofrimento uma pena. É aflitiva, mas não é pena, a intervenção cirúrgica. Dir-se-á que ela é feita em vista do bem particular do operado. Mas também é aflitiva, e não é pena, a internação de uma parente dileto e incurável num hospício, num isolamento, em que ele não ofereça

⁸⁷ CARRARA, Francesco. **Imoralidade da prisão preventiva**. Apud THORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 172.

⁸⁸ THORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 178.

perigo para os outros. O que caracteriza a pena não é somente o poder angustiante, mas também o cunho remuneratório⁸⁹.

Destarte, não se discorda que prisões preventivas sejam necessárias em muitas ocasiões para a própria garantia do processo. O que é controverso é a utilização a torto e a direito deste instituto para a obtenção de um resultado imediato e rápido do processo, correndo um sério risco de causar um mal desnecessário. Não é porque é uma injustiça aceitável e necessária que deve ser aplicada a todo o momento e, o que é pior, ficando a mercê de uma discricionariedade de um único juiz, suscetível a influenciadores externos ao processo (mídia e clamor social, como exemplo).

Assim, a problemática se torna não uma questão de validade ou não da prisão preventiva, mas de seu resultada em si. Ora, a justificativa de causar um mal menor para evitar um mal maior é o que motivou, por exemplo, a alteração legislativa que deixou mais branda e mais fácil a decretação de uma prisão preventiva em 1967, pelo Lei n° 5.349, que, apenas em 1973, com a Lei n° 5.941, ou seja 32 anos após a promulgação do Código de Processo Penal Brasileiro, que se teve a possibilidade de manter-se em liberdade o réu pronunciado ou condenado. E ainda, só em 1977 que foi dada uma possibilidade de alargamento da liberdade provisória sem fiança, pela modificação legislativa do parágrafo único do art. 310 do CPP, pela Lei n° 6.416, que sofreu posterior alteração em 2011 pela Lei n° 12.403, ficando com a seguinte disposição:

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação⁹⁰.

De toda sorte, inegável é que, para a decretação de medidas restritivas de liberdade, como a própria prisão preventiva, o legislador atual democrático, entendeu por bem colocar certas limitações e critérios objetivos e subjetivos para tanto, mesmo que tais critérios subjetivos estivessem a disposição e discricionariedade do magistrado julgador.

Neste sentido, observa-se que a Constituição de 1988 deu a devida estatura normativa e importância ao dever de motivação dessas decisões, como, por exemplo, o inciso IX, do art. 93⁹¹, com redação dada pela Emenda Constitucional de 2004, ou mesmo os direitos fundamentais expressos em todo corpo Constitucional, em especial o art. 5º e seus incisos.

⁸⁹ THORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 178.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 05 de julho de 2018.

⁹¹ IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não

Além disso, o Novo Código de Processo Civil trouxe uma inovação, digna de registro, em seu art. 489, em seu § 1º, *verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento⁹².

Com isso, percebe-se que, mesmo se tratando de uma legislação que regule o processo civil, pode sim ser aplicado pela legislação penal para o questionamento, perante as Cortes Superiores, da legalidade de uma decisão. Ora, a não fundamentação de uma decisão, seja ela de qualquer espécie, deve ser questionada com o intento de se evitar abusos infundados por parte do judiciário.

Em verdade, há um clamor crescente, pela sociedade, por um Poder Judiciário cada vez mais transparente, mais sujeito a controles (internos e externos), mais vinculados a normas, de sorte a imunizar a magistratura contra eventuais arbítrios e voluntarismos, características da “ditadura dos juizes”, que no século XIX, motivou inúmeras reformas legislativas extremadas no direito francês, voltadas a transformar o juiz, tal qual propugnado por Montesquieu, na “boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das leis”⁹³.

Continua o Ministro do Superior Tribunal de Justiça afirmando que, por mais justo que seja tal entendimento ou clamor social, a ovulação democrática das Nações e dos Poderes afastaram o entendimento de que o juiz deve se manter completamente afastado dos sentimentos envolvidos no julgamento.

Contudo, repita-se o que já foi afirmado nesse trabalho, mesmo que a causa ou contenda seja a mais preciosa cruzada de justiça na cabeça do julgador, pode não o ser no entendimento dos interpretes, sendo que o julgador não pode se aproximar demais daquilo o que julga, mas, também, não deve se afastar inteiramente da relação processual, se tornando mera máquina de aplicação da lei. É necessário encontrar o equilíbrio entre os extremos, sendo

prejudique o interesse público à informação; (BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de julho de 2018.)

⁹² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05 de julho de 2018.

⁹³ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 116.

a aplicação da lei o escopo maior da motivação das decisões penais, tanto provisórias, como definitivas.

Com isso, utilizando-se da explicação do Ministro Schietti, a função endoprocessual da motivação das decisões é dividida em 4 fatores⁹⁴:

1. Assegurar um mecanismo formal de controle das partes sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto e, por conseguinte, se é caso de aceitar a decisão ou impugná-la.
2. Garantir a atuação imparcial do órgão julgador, que, ao exteriorizar seu raciocínio e sua percepção e compreensão sobre as provas dos fatos produzidos nos autos, sobre os argumentos e as teses sustentadas pelas partes e sobre o direito aplicado à espécie, afasta questionamentos acerca de sua imparcialidade.
3. Permitir o melhor exercício do direito ao recurso, que depende, para a precisa explicitação dos argumentos sobre os quais se assentam as razões e as contrarrazões das partes, de todas as nuances do raciocínio judicial que conduziram ao ato decisório impugnado.
4. Facilitar o julgamento do recurso pelo órgão jurisdicional destinatário da impugnação, de maneira a poder confrontar as razões que delimitam e explicam o recurso com as razões utilizadas na decisão recorrida.

Por outro lado, a motivação extraprocessual serve como controle político-social do próprio Poder Judiciário, dando permissão ao público para avaliar a fundamentação de uma decisão.

Assim, mais do que meramente uma formalidade das decisões processuais, a motivação é o meio de controle das partes, como também dos indivíduos estranhos à relação processual, da atividade intelectual do julgador, observando se o que foi fundamentado está condizente com a realidade processual.

Assim, quando da análise dos pressupostos fáticos para a decretação da prisão preventiva o julgador deve fundamentar sua decisão com base no *permission* legislativo criados especificamente para esta questão, ou seja, com base no pressuposto fático e na necessidade concreta presente no art. 312, do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria⁹⁵.

O que se questiona é a discricionariedade presente nesses pressupostos insculpidos no art. 312, CPP.

⁹⁴ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 116.

⁹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 05 de julho de 2018.

Ora, pressupostos fáticos, segundo Schietti⁹⁶, é a existência de um crime, sujeito ao encarceramento cautelar objeto da decisão, e na existência de indícios suficientes de autoria, ou fundada razões de autoria ou participação do indiciado. Mas que indício suficiente de autoria estaria falando o legislador? Por exemplo, documentos produzidos por terceiros alheios à relação criminal, ou seja, que não tenham agido de qualquer forma que tenha auxiliado no cometimento do delito, é indício suficiente de autoria? Ou mesmo a informação prestada por instituição financeira é suficiente para atribuir a um indivíduo a autoria de um crime? E o mais comum que se tem visto nos dias atuais, uma delação premiada, ou seja, a colaboração de um dos acusados de um crime, com apontamento para terceiros suspeitos é suficiente para atribuição da autoria de um crime, sem colacionar ou indicar as provas?

Não se questiona aqui as provas acostadas e encontradas pelas autoridades policiais e ministeriais, sendo que sua primeira função é de garantia da lei e da ordem, com a aplicação justa da lei aos perpetradores de um crime.

Porém, a dúvida quanto a fundamentação baseada em indícios de autoria reside em uma motivação lastreada em informações, documentos e relatos feitos por terceiros interessados na relação processual, com indícios mínimos de autoria e nexo de responsabilidade, em matéria tipificada na legislação penal.

Veja, uma instituição financeira é interessada na relação processual, pois nenhuma relação quer ter com o acusado de um crime. Um delator, ou melhor dizendo um colaborador premiado, é diretamente interessado pelo resultado positivo do processo criminal. Assim, a Lei nº 12.850/13, definiu que apenas aqueles que estiverem cooperando com as investigações, voluntaria e efetivamente, poderão ser agraciados com perdão judicial, redução de pena privativa de liberdade ou mesmo substituição por restritiva de direitos. Ou seja, o réu que decide pela colaboração, precisa que as informações prestadas estejam condizentes com a verdade, e isto já faz com que as informações fornecidas estejam sob suspeita. Tudo o que foi dito é verdade ou é uma mera tentativa de obter benefícios ao final do processo?

Desta forma, aquele pressuposto fático apontado pelo exímio Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ainda reside, mesmo que subsidiariamente, na subjetividade do magistrado,

⁹⁶ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 122.

ou seja, em sua própria discricionariedade, mesmo que, para ele, não haja discordância acadêmica atual que motive sua precisa avaliação⁹⁷.

Por outro lado, a necessidade concreta da medida cautelar seria, talvez, um limitador dos pressupostos fáticos, reciprocamente. Assim, seria necessário o *periculum libertatis*, traduzido em fins legítimos da prisão antes do tempo, sob os auspícios da necessidade de garantir a ordem pública ou a ordem econômica, a conveniência de preservar a instrução criminal, e/ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal.

Porém, destaca-se, novamente o que foi discutido neste tópico, que quanto a esta “conveniência” da instrução criminal, repita-se, reside na própria discricionariedade do magistrado, sendo que a liberdade individual se resume a um critério subjetivo do juiz.

Neste sentido, confira o recente precedente do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico. Conversão da prisão em flagrante em preventiva. 3. Segregação cautelar mantida com base, apenas, na gravidade abstrata do crime. **4. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal configurado.** 5. Súmula 691. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 6. Ordem concedida, de ofício, confirmando liminar previamente deferida para revogar o decreto prisional expedido em desfavor do paciente, se por algum outro motivo não estiver preso, determinando ao Juízo de origem a análise da necessidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. (HC 133289, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016)⁹⁸ (grifo nosso)

Por isso, segundo o que foi auferido no corpo da decisão do Ministro Gilmar Mendes, “a tarefa de interpretação constitucional para análise de uma excepcional situação jurídica de constrição de liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados”. Assim, rechaçar-se-ia qualquer posicionamento discricionário do magistrado para decretação de prisão preventiva, com fundamento na conveniência do julgador. Contudo, aos olhos dos mais perversos, o entendimento jurisprudencial pode ser desvirtuado, sendo que basta uma fundamentação fixa em entendimentos discricionários e substâncias probatórias, mesmo que não definitivas, para a decretação da prisão, ainda expondo a presença da subjetividade.

⁹⁷ “As duas últimas exigências cautelares são de fácil percepção e não costuma haver maior contestação acadêmica à sua previsão normativa e à sua aplicação, desde que, evidentemente, cercada dos cuidados e critérios legais.” CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 252.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 133289/ SP. Segunda turma. Paciente: Sidclei Rosa da Silva. Coator: Relator do HV nº 348.672 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28133289%2E+OU+133289%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8tog3vs>. Acesso em: 06 de julho de 2018.

No mesmo sentido, a liberdade discricionária da garantia da ordem pública ou econômica, é ainda maior, em razão da vagueza e equivocidade do conceito de “ordem pública”⁹⁹.

Este entendimento fica latente quando da análise de outra ementa do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas Corpus. Processual Penal. Prática de ilícitos penais por organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital (PCC), na região do ABC paulista. Paciente incumbida de receber e transmitir ordens, recados e informações de interesse da quadrilha, bem como auxiliar na arrecadação de valores. Sentença penal condenatória que vedou a possibilidade de recurso em liberdade. Pretendido acautelamento do meio social. Não ocorrência. **Ausência dos requisitos justificadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP). Última ratio das medidas cautelares (§ 6º do art. 282 do CPP - incluído pela Lei nº 12.403/11).** Medidas cautelares diversas: I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; e III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante. (art. 319 do CPP – com a alteração da Lei nº 12.403/11). Aplicabilidade à espécie, tendo em vista o critério da legalidade e proporcionalidade. Paciente que, ao contrário dos outros corréus, não foi presa em flagrante, não possui antecedentes criminais e estava em liberdade provisória quando da sentença condenatória. Substituição da prisão pelas medidas cautelares diversas (Incisos I a III do art. 319 do CPP). Ordem parcialmente concedida.

[...]

3. No caso, os argumentos do Juízo de origem para vedar à paciente a possibilidade de recorrer em liberdade não demonstram que a sua liberdade poderia causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantia para a sua tranquilidade, fato que, a meu ver, retoma o verdadeiro sentido de se garantir a **ordem pública - acautelamento do meio social -, muito embora, não desconheça a posição doutrinária de que não há definição precisa em nosso ordenamento jurídico para esse conceito. Tal expressão é uma cláusula aberta, alvo de interpretação jurisprudencial e doutrinária, cabendo ao magistrado a tarefa hermenêutica de explicitar o conceito de ordem pública e sua amplitude.**

[...]

(HC 106446, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 10-11-2011 PUBLIC 11-11-2011 RTJ VOL-00218-01 PP-00397)¹⁰⁰ (grifo nosso)

Ou seja, a própria Corte Suprema, em Acórdão de 2011 reconheceu a subjetividade do tema “ordem pública”, não havendo sequer definição concreta do que seria tal expressão.

Com isso, o alerta feito pelo Ministro Schietti deve reverberar pelos corredores acadêmicos, em busca de solução para a contenda. Segundo ele, dentre outras, as hipóteses verbalizadas pelos juízes e tribunais para a decretação da prisão preventiva são: (I) a gravidade

⁹⁹ CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 253.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 106446/ SP. Primeira turma. Paciente: Viviane dos Santos Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cármem Lúcia. Brasília, 20 de setembro de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1566289>. Acesso em: 06 de julho de 2018

ou magnitude da infração; (II) assegurar a credibilidade da justiça e das instituições; (III) satisfação do sentimento de justiça da sociedade; (IV) em razão do clamor público gerado pelo crime; (V) pra dar segurança ao investigado ou réu. (VI) para servir de exemplo a outros possíveis criminosos; (VII) como resposta eficaz e pronta à conduta do réu¹⁰¹.

Destarte, percebe-se que essas justificativas se apoiam a fundamentos estranhos ao processo penal e podem servir a outros propósitos que não aqueles exclusivos da prisão preventiva. É o que foi posto durante todo o trabalho, a maioria dos motivos listados acima, estão intimamente ligados a sobrevivência do próprio Poder, ou seja, a legitimação do Estado como soberano.

Com isso, seria de perfeita maneira encerrar o presente tópico transcrevendo as palavras do Ministro Ayres Britto:

[...]

2. No seu cotidiano exercício de interpretação constitucional do Direito Penal e Processual Penal, o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que o uso de expressões fortemente retóricas ou emocionais, além do apelo à credibilidade da Justiça ou ao clamor público, não se prestam para preencher o conteúdo da expressão “ordem pública”. Seja porque não ultrapassam o campo da mera ornamentação linguística, seja porque desbordam da instrumentalidade inerente a toda e qualquer prisão provisória, antecipando, não raras vezes, o juízo sobre a culpa do acusado. 3. Em matéria de prisão cautelar, a expressão “ordem pública”, justamente, é a que me parece de mais difícil formulação conceitual. Como a Constituição fala de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, fico a pensar que ordem pública é algo diferente da incolumidade do patrimônio, como é algo diferente da incolumidade das pessoas. É um *tertium genus*. Um conceito negativo mesmo: ordem pública é bem jurídico distinto da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Enquanto a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio vai servir como a própria razão de ser da criminalização das condutas a ela contrárias, a ordem pública é algo também socialmente valioso e por isso juridicamente protegido, mas que não se confunde mesmo com tal incolumidade. Mais que isso: cuida-se de bem jurídico a preservar por efeito, justamente, do modo personalizado ou das especialíssimas circunstâncias subjetivas em que se deu a concreta violação da integridade das pessoas e do patrimônio de outrem, como também da saúde pública. Pelo que ela, ordem pública, se revela como bem jurídico distinto daquela incolumidade em si, mas que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo próprio modo ou em função das circunstâncias em que penalmente violada a esfera de integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros. Daí a sua categorização jurídico-positiva, não como descrição de delito ou cominação de pena, mas como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na peculiar execução de certos crimes. Não da incomum gravidade desse ou daquele delito, entenda-se. Mas da incomum gravidade da protagonização em si do crime e de suas circunstâncias. 4. Não há como desenlaçar a necessidade de preservação da ordem pública e o acautelamento do meio social. No mesmo passo em que o conceito de ordem pública se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio, ele se liga umbilicalmente ao conceito de acautelamento do meio social. Acautelamento que não se confunde com a mera satisfação de um

¹⁰¹ CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 259.

sentimento generalizado de insegurança, senão com medidas de efetiva proteção de uma certa comunidade; ou seja, se a ambiência fática permite ao magistrado aferir que a liberdade de determinado indivíduo implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade, abre-se espaço para o manejo da prisão em prol da ordem pública. Insegurança objetiva, portanto, que direciona o juízo do magistrado para a concretude da realidade que o cerca. Não para um retórico ou especulativo apelo à indeterminação semântica daquilo que tradicionalmente se entende por “paz pública”.

5. No caso, a custódia preventiva do paciente não foi decretada tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública, ou na gravidade em abstrato do crime debitado ao paciente. Trata-se de decisão que indicou objetivamente dados concretos quanto à premente necessidade de acautelamento do meio social, notadamente quanto ao modus operandi brutalmente incomum. Deveras, quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, o decreto de prisão ganha a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o modus operandi do suposto crime e a garantia da ordem pública. Isso na linha de que a liberdade do paciente implicará a insegurança objetiva de outras pessoas, com sérios reflexos no seio da própria comunidade. 6. Ordem denegada.

(HC 111244, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 25-06-2012 PUBLIC 26-06-2012)¹⁰² (grifo nosso)

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 111.244/SP. Segunda turma. Paciente: Alex Jose da Cruz. Coator: Relator do HC nº 183872 do Superior Tribunal e Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 23 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111244%2E+OU+111244%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yar8rt7v>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

4 UMA SOLUÇÃO PARA O CONFLITO

De fato, por todo o exposto, este trabalho seria no mínimo prolixo se não entregasse qualquer alternativa, ou mesmo algo que solucione o problema. Contudo, não existe verdades absolutas na Ciência do Direito, mas conceitos e estratégias de soluções para conflitos interpessoais e internos ao próprio Poder Judiciário.

Neste sentido, levando ao leitor a uma análise do que seria um sistema judiciário interessante, complexo e extremamente funcional, tem-se as publicações de “Publius” de outubro de 1787 a maio de 1788, na imprensa de New York. Este “Publius” era ninguém menos que o esforço conjunto de três grandes defensores da Constituição dos Estados Unidos da América. Eram eles Alexander Hamilton, John Jay e James Madison.

Hamilton e Madison tinham sido membros da Convenção de Filadélfia no dia 14 de maio de 1787, com finalidade de tornar os artigos da nova Constituição adequados a exigências de governo e à preservação da União. Madison recebeu nada menos que o título de “pai da Constituição”. Dos três, dois – Hamilton e Jay – eram distintos advogados em seu tempo, enquanto o terceiro era um filósofo político de maior importância.

Juntos escreveram 85 artigos publicados no Estado de New York que ficaram conhecidos posteriormente como “O Federalista”, sendo que até os dias atuais, sua influência no poder daquela nação é inegável.

Dentre os artigos, um deles se destaca para o presente tema, o de número 78, escrito por Alexander Hamilton. Nele, o autor faz uma análise e uma proposta para a estruturação do Poder Judiciário no governo que estavam propondo.

Para Hamilton o Poder Judiciário deveria ser o menos perigoso de todos os outros poderes:

Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O Executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem força nem poderio, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos¹⁰³.

¹⁰³ HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 470.

A idéia era que o Poder Judiciário não interferisse nas relações privadas da sociedade era um dos pilares para o bom funcionamento daquele poder, sendo que sua atuação era, em verdade, uma garantia para as ideias liberais da nova sociedade emergente.

Está simples análise do assunto sugere várias conclusões importantes. Ela prova, incontestavelmente, que o Judiciário é, sem comparação, o mais fraco dos três poderes; que nunca poderá enfrentar com êxito qualquer dos outros dois; e que deve tomar as precauções possíveis para defender-se dos ataques deles. Prova igualmente que – embora alguma opressão individual possa, de vez em quando, partir das cortes de justiça – a liberdade geral do povo nunca será ameaçada por esse lado, isto é, enquanto o judiciário permanecer separado tanto do Legislativo como do Executivo, pois aceito que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos poderes Legislativos e Executivos”. E prova, finalmente, que a liberdade nada tem a temer do Judiciário isoladamente, mas tem sobrando motivos para precaver-se contra a união desse poder com qualquer dos outros dois; que tal união deve dar margem a todos os efeitos negativos de uma dependência do primeiro em relação aos demais, apesar de uma separação nominal e aparente; que, em consequência de sua natural fraqueza, o judiciário está continuamente ameaçado de ser denominado, intimidado ou influenciado pelos outros ramos; e que, como nada pode contribuir mais para sua firmeza e independência do que a estabilidade nos cargos, esta condição deve ser encarada como fator indispensável em sua constituição e, em grande parte, como a cidadela da justiça e da segurança pública¹⁰⁴.

Diante de todo o aviso de Hamilton, em um primeiro momento, aparenta que o *Founding Father* deixou escapar, até este ponto, uma característica básica do governo: a natureza humana.

Em princípio, ou seja, na teoria posta, a organização do Poder Judiciário da forma posta por ele seria de suma importância para o bom funcionamento da estrutura governamental de uma república democrática com divisão dos poderes. Contudo, os mesmos alertas feitos ao Poder Judiciário, quanto sua fraqueza diante dos demais, e os benefícios dados aos seus membros, sob a justificativa de pressões externas e sua incapacidade de causar mal aos direitos individuais, deu a prerrogativa de poder aos membros do Poder Judiciário que o tornou, talvez, o mais poderoso dos três Poderes. Ou seja, ignorou-se a essência humana que é quem compõe o poder, atribuindo-lhe condições favoráveis para tomar decisões controversas.

Isso tão é verdade que no Brasil, que adotou essa espécie de governo, membros do Poder Judiciário gozam de prerrogativas, em muitos casos, questionáveis para se dizer o mínimo, como por exemplo, a mais grave pena disciplinar aplicável a um juiz vitalício é a chamada aposentadoria compulsória, que consiste no afastamento do cargo, mas com recebimento dos proventos ajustados ao tempo de serviço¹⁰⁵.

¹⁰⁴ HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 470.

¹⁰⁵ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86705-cnj-servico-como-funciona-a-aposentadoria-compulsoria-de-juizes>

Ademais, em outro momento Hamilton afirma que em caso de uma irreconciliável discrepância entre as resoluções do Legislativo e a própria Constituição, a que tiver maior hierarquia e validade deverá ser a preferida, sendo que “a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes”¹⁰⁶. Contudo não é bem isso que acontece. Essa liberdade dada aos membros do Poder Judiciário tem se provado um tanto quanto questionável, a partir do momento que o próprio povo não tem esperança em sua Corte Suprema, sendo que em pesquisa realizada no ano de 2017, há ministros da Corte com desaprovação popular na faixa de 67%¹⁰⁷. Além disso, diferente do que previa Hamilton, certas decisões da Corte Suprema tem ido de encontro com anseios populares, favorecendo o enfraquecimento da credibilidade do poder judiciário, como por exemplo a decisão que incluiu o aumento de 16,38% nos salários dos ministros¹⁰⁸, em um país que já sofre com os gastos em excesso do Poder Judiciário¹⁰⁹.

Portanto, o que se tem mostrado no país é uma inversão dos conceitos de Poder Judiciário e divisão dos poderes dentro da República, inspirada em uma ideia norte americana de independência e justiça.

O que fazer diante desta situação?

Para responder, Hamilton finalmente reconhece a interferência da natureza humana, oferecendo duas problemáticas que justificariam as prerrogativas dadas pelo Estado ao magistrado para garantia da justiça:

Há ainda mais um poderoso argumento em favor da estabilidade nos cargos judiciais, que é resultante da natureza das qualificações que eles requerem. Tem sido frequentemente observado, com grande propriedade, que um dos inconvenientes associados às vantagens de um governo livre é o excessivo volume de suas leis. Para evitar uma conduta **arbitraria das cortes, é indispensável que elas sejam refreadas por normas estritas e precedentes**, visando a definir e exemplificar seus deveres em cada caso particular que possa surgir; e será logo previsto, ante a variedade das controvérsias provocadas pelas insensatez e maldade dos homens, que os registros desses precedentes devem inevitavelmente formar um enorme volume, exigindo longos e laboriosos estudos para que seja adquirido um bom conhecimento deles. Em consequência, são poucas as pessoas que, por suficiente familiarizadas com a legislação, podem ser nomeadas para as funções de juiz. **Se ainda considerarmos as reduções impostas pelas fraquezas da natureza humana, será ainda menor o número das que reúnem o requisito de integridade com o de conhecimento.** Estas considerações nos levam a concluir que o governo não dispõe de muitas opções para o recrutamento de juízes capazes e, como a nomeação por prazo limitado naturalmente

¹⁰⁶ HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 472.

¹⁰⁷ <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onda-de-rejeicao-alcanca-ate-ministros-do-supremo,70001951676>

¹⁰⁸ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/08/08/maioria-do-stf-decide-incluir-reajuste-salarial-de-1638-para-ministros-no-orcamento-de-2019.ghtml>

¹⁰⁹ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-08/despesas-do-judiciario-crescem-acima-do-teto-em-12-meses>

desencorajará os que deverão deixar um lucrativo escritório de advocacia para aceitar o cargo, resultaria a tendências de entregar a administração da justiça a mãos menos qualificadas para exercê-la com competência e dignidade. Nas atuais condições de nosso país, e provavelmente ainda por um longo tempo, as desvantagens neste campo seriam bem maiores do que à primeira vista podem parecer, mas devemos confessar que são ainda inferiores às que se apresentam relativamente a outros aspectos do assunto¹¹⁰. (grifo nosso)

Assim, Hamilton entende que diante da própria natureza humana, seria necessário para refrear a arbitrariedade da corte as normas estritas e os próprios precedentes que se fossem colacionados em livros ou manuais, levaria uma quantidade significativa de anos para qualquer indivíduo se aperfeiçoar na busca deste conhecimento, reduzindo, portanto, o número de cidadãos que estariam apto a assumir o cargo. Ademais, ainda na natureza humana, o numero de pessoas integras aptas a assumirem o cargo, excluiria um número ainda maior de candidatos ao cargo, tornando a tarefa ainda mais difícil de ser realizada.

Destarte, é necessário conceder ao Poder Judiciário prerrogativas que tragam aos magistrados certa liberdade e segurança em seus cargos, dando aos indivíduos capacitados a possibilidade de exercer esta função cumprindo o dever público e estatal. Entende-se que, segundo Hamilton, estes benefícios e seguranças seriam um atrativo do cumprimento do dever para com a nação, sendo que aquele ou aquela que sentar no topo da bancada estaria cumprindo um dever patriótico para o Estado Norte Americano. Isto, na teoria, afastaria qualquer sentimento negativo prejudicial à nação.

Isto fica ainda mais claro no artigo seguinte, o de número 79, também de autoria de Alexander Hamilton, onde, segundo sua análise, a magnitude e o cargo do magistrado é tamanha, que seus proventos e honorários são mais que merecidos, e de acordo “com o procedimento geral da natureza humana, ‘o controle sobre os meios de subsistência de um homem equivale a um controle sobre sua vontade’”¹¹¹:

A solução adotada para a remuneração dos juízes revela prudência e sabedoria e pode-se afirmar que, juntamente com a observada para a permanência nos cargos, permite melhores perspectivas para sua independência do que as previstas na Constituição de qualquer Estado, relativamente aos respectivos juízes.¹¹²

Ou seja, de acordo com a lógica posta, se o Estado garantir todas estas prerrogativas e benefícios, não haveria porque o magistrado deixar de cumprir com suas funções, mantendo-se afastado de qualquer relação processual, colocando-se imparcial quando da decisão final.

¹¹⁰ HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 475.

¹¹¹ HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 477.

¹¹² HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 478.

Contudo, como pode ser observado, muito do sistema judiciário Brasileiro se inspirou no sistema Norte Americano, incluindo estas prerrogativas e benefícios, mas com a evolução do sistema e da sociedade, esta utopia “patriótica” foi se esvaindo, e como colocado nos ensinamentos de Calamandrei (já citado neste trabalho) em certos casos os juízes devem se aproximar da relação processual, muitas vezes colocando sua própria ideologia na decisão, e se eventualmente questionados quanto a sua integridade, Hamilton afasta qualquer punibilidade ao magistrado:

Tem sido lamentada a falta de uma prescrição relativa à exoneração dos juízes por incapacidade. Todavia, todas as pessoas ponderadas por certo admitirão que tal prescrição ou não seria posta em pratica ou serviria mais para perseguições do que para resolver uma situação constrangedora. A avaliação da capacidade mental não atingiu ainda, quanto eu saiba, um lugar no rol das artes humanas. Qualquer tentativa de fixar um limite entre os campos da competência e da incapacidade ofereceria muito mais oportunidades para a prática de perseguições pessoais ou partidárias do que para proteger os interesses da justiça e do bem público. O resultado, exceto em caso de insanidade, tenderia a ser em geral arbitrário; e quanto à insanidade, mesmo sem qualquer prescrição formal ou expressa, pode ser com segurança declarada como causa de virtual desqualificação¹¹³.

Neste sentido, com base no estudo histórico e com tudo aquilo exposto no primeiro capítulo deste trabalho, ligado aos ensinamentos de Alexander Hamilton, o Estado legitimou e possibilitou ao magistrado a alta liberdade discricionária em suas decisões e, na visão do autor, medidas ou regras que integrem uma incerteza à posição do magistrado serviriam mais como uma arma política do que uma estratégia de gestão pública.

Isso é o sistema judiciário aplicado no Brasil. Por outro lado, é interessante entender que essa desaprovação com as Cortes Superiores e Suprema do Brasil, não é sem um motivo deveras injusto por parte do clamor social. Veja, ao longo deste trabalho, tem se mostrado que as decisões, fundamentadas em uma ampla discricionariedade solipsista e populista dos magistrados de piso, vão de encontro à entendimentos jurisprudenciais da Suprema Corte e da Corte Superior. Neste sentido, a revogação de medidas adotadas pelas instâncias inferiores, por parte das Cortes Constitucionais, se torna medida impopular e a contragosto da vontade social-política que atravessa o cenário nacional.

De um lado, portanto, tem-se a aplicação de uma restrição imediata, fundamentada em uma resposta rápida à sociedade, por parte dos juízes de primeiro grau, e de outro a tentativa das Cortes Constitucionais de manutenção dos direitos democráticos e fundamentais dos indivíduos investigados e processados.

¹¹³ HAMILTON, Alexander, James Madison e John Jay. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005. p. 478.

Portanto, é claro que a sociedade optará por estar ao lado daqueles que “solucionam” o problema de imediato, escolhendo a resposta rápida e eficaz da punição estatal por meios legais, positivados e discricionários. É até mesmo injusto a luta travada pelos Ministros das Cortes Constitucionais, que diariamente colocados sob a lupa midiática-política-social, onde no menor deslize, serão tachados de inimigos do povo.

Por outro lado, esse, infelizmente, é o sistema que se construiu no Brasil, com raízes no Direito Romano e influências estruturais das Revoluções Americanas e Francesas. Explicando, este trabalho se prestou a realizar uma análise do período histórico romano, exatamente pela influência que exerce no Direito Brasileiro atual. Demonstrou-se que ao longo dos inúmeros anos e períodos que dividiram a história romana, o “Poder Judiciário” daquela civilização não era bem delimitado estruturalmente, se é que pode ser chamado de Poder Judiciário. A aplicação da lei era confundida mais pela pessoa que ocupava o cargo, do que pelo cargo em si, o que significa que o conceito e aplicação de justiça do período romano era mais próximo da vontade intrínseca do indivíduo, do que da vontade do Estado e da sociedade. E, uma vez que esse indivíduo era, na maioria dos casos, um agente político, a vontade da justiça era política.

Por outro lado, como bem demonstrado, o Brasil adotou, para sua estrutura do Poder Judiciário, os conceitos apontados por Alexander Hamilton, com todos os benefícios e prerrogativas descritos pelo filósofo. Assim, tem-se um julgador romano, dentro da estrutura criada pelo norte americano.

Demonstra-se que, a evolução do Poder Judiciário Brasileiro mesclou conceitos de sua influência histórica, onde dentro da estrutura judiciária brasileira existe o conceito do juiz-lei, o que quer dizer, a vontade intrínseca do magistrado tem liberdade diante da Lei e, além disso, possui uma proteção institucional para agir dessa forma.

Nessa perspectiva, reside um dos maiores problemas do Estado Brasileiro moderno, a descrença da Lei e da moralidade do próprio sistema organizacional do Estado. Veja, o economista francês Frédéric Bastiat¹¹⁴, alertava que quando “a lei e a moralidade se contradizem, o cidadão tem a alternativa cruel de perder seu senso moral ou seu respeito pela lei, dos males, de igual importância entre os quais é difícil escolher”. Quando na verdade o que

¹¹⁴ BASTIAT, Frédéric. **A lei**: porque a esquerda não funciona? As bases do pensamento liberal. 1ª ed. Barueri: Farol editora, 2016. p. 36.

se pretende é uma aplicação mais justa e equilibrada das instituições de um Estado Democrático.

Perceba que a construção histórica de sistema Estatal de promulgação e aplicação da lei, depende de uma união de fatores inerentes daquela própria sociedade. Assim, se na promulgação ou aplicação da lei, a sociedade não possui um respeito pelo seu texto, ou mesmo que possua, não a aceita como moral, o resultado é a dúvida sobre o próprio sistema.

Entenda que, tendo por estes fundamentos, este trabalho seria utópico ao travar uma guerra contra o sistema como um todo, prometendo um resultado perfeito ao cidadão tutelado pelos direitos legislados. Ademais, o próprio Frédéric Bastiat alerta que todas as vezes que se levanta dúvida sobre estas instituições, o conflito com o sistema o taxará de “vanguardista perigoso, um utopista, um teórico, um subversivo; compromete as bases sobre as quais a sociedade se ergue”¹¹⁵

Assim, a saída, talvez, não seja maneiras de destruir o sistema, mas balanceá-lo, com medidas que trave arbitrariedades do Poder Judiciário, travando o poder do Juiz-Estado.

Neste contexto, à problemática apresentada no trabalho, há maneiras de mitigar uma injustiça social, qual seja, aplicação de um mal (prisões preventivas discricionárias) para evitar uma mal maior, buscando um equilíbrio dentro do sistema judiciário.

Com isso, há de se falar no Direito Penal do Equilíbrio, que se encontra em uma posição intermediária entre as visões minimalistas e maximalistas do Direito Penal – diga-se de passagem, este trabalho não coaduna com nenhuma delas, mas apenas apresentou certas características do Poder Judiciário atual no Brasil, para demonstrar o desequilíbrio entre o bem e o mal, o justo e o injusto no Direito Brasileiro –, que procura resolver os conflitos sociais com seriedade, buscando a proteção dos bens mais importantes e necessários aos convívio social, preservando, principalmente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, intervindo, somente, no direito de liberdade de seus cidadãos nos casos estritamente necessários, com fim de evitar um caos social¹¹⁶.

Está visão equilibrada de uma aplicação do Direito penal, é regida, fundamentalmente, por 11 princípios, segundo Rogério Greco¹¹⁷.

¹¹⁵ BASTIAT, Frédéric. **A lei**: porque a esquerda não funciona? As bases do pensamento liberal. 1ª ed. Barueri: Farol editora, 2016. p. 36.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 177.

¹¹⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

4.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O primeiro destes princípios é o que diz respeito à a dignidade da pessoa humana. Porém, definir, precisamente, o que seria a dignidade da pessoa humana é complexo e tema de matérias de amplo estudo no Direito Internacional, tendo em vista que dignidade pode significar diferentes coisas para diferentes povos. Assim, é muito arriscado tentar, em um trabalho monográfico, definir precisamente o que seria a dignidade da pessoa humana dentro de uma nação com inúmeros povos miscigenados, com culturas e religiões diferentes.

Contudo, há certos princípios que foram considerados inerentes dentro da sociedade mundana ocidental – o que envolve o Brasil – para a devida e justa aplicação do Direito Penal e do próprio convívio social.

Assim, em uma tentativa de *constructo* teórico do que seria a dignidade humana na sociedade brasileira, poder-se-ia traduzi-lo como o mínimo existencial para a sobrevivência do indivíduo dentro de um corpo social.

Neste sentido, a dignidade é algo que não pode ser suprimido e nem mitigado a nenhum dos cidadãos que estão sobre os auspícios de uma Constituição que preveja os direitos fundamentais da pessoa humana.

Destarte, se previsto o mínimo existencial do ser humano dentro de sua *Lex maior*, o direito e garantia fundamental deve ser preservado, mesmo que se trate de um inimigo do Estado.

Assim, tendo uma concepção ocidental, sem adentrar no mérito das diversas constituições internacionais, o Brasil adotou em sua Carta Magna a preservação da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso III, demonstrando a preocupação do legislador constituinte em conceder um status normativos ao princípio, colocando-o como fundamental para a convivência e a ordem social.

Com isso, há de se reconhecer que, tendo o legislador atribuído o princípio como norma constitucional, ele deve balizar toda e qualquer relação infraconstitucional, inclusive, limitar os poderes dos magistrados em suas decisões judiciais, obedecendo critérios, reconhecidos no âmbito do ordenamento jurídico nacionais e internacionais, que foram reconhecidos pelo Brasil – como os tratados ratificados pelo Brasil – que tiveram em sua construção o fundamento básico a dignidade da pessoa humana.

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são

inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza afilitiva, a exemplo dos açoites, mutilações, castrações etc. da mesma forma, estaria proibida a instituição de tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada)¹¹⁸.

Contudo, de acordo com Greco, a doutrina majoritária acredita que tal princípio não possui caráter inviolável, sendo que sua mitigação é possível, violando sua característica absoluta:

Percebe-se, assim, que a dignidade, como um valor individual de cada ser humano, deverá ser avaliada e ponderada em cada caso concreto. Não devemos nos esquecer, contudo, daquilo que se denomina como sendo um *núcleo essencial* da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser abalado. Assim, uma coisa é permitir que alguém, que praticou uma infração penal de natureza grave, se veja privado de sua liberdade pelo próprio Estado, encarregado de proteger, em última instância, os bens jurídicos; outra coisa é permitir que esse mesmo condenado a uma privação de liberdade cumpra sua pena em local degradante de sua personalidade; que seja torturado por agentes do governo com a finalidade de arrancar-lhe alguma confissão; que seus parentes sejam impedidos de visitar-lhe; que não tenha uma ocupação ressocializante no cárcere etc. a sua dignidade deverá ser preservada, pois que ao Estado foi permitido somente privar-lhe da liberdade, ficando resguardados, entretanto, os demais direitos que dizem respeito diretamente à sua dignidade como pessoa¹¹⁹.

Assim, mesmo que possa ser mitigado, tal princípio ainda deve balizar o andamento processual e o cumprimento da pena. Além disso, este princípio sozinho não faz diferença nenhuma para a relação penal e para sociedade, ainda permitindo a liberdade discricionárias do julgador, sendo que, diante da subjetividade do tema, haveria uma ampla liberdade interpretativa na aplicação processual penal.

Dito isso, passa-se ao próximo princípio.

4.2 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima é uma espécie de aviso e diretriz para o funcionamento do Estado.

Historicamente as Repúblicas independentes foram surgindo após a Revolução Americana de independência dos Estados Unidos, que, como a maioria das colônias, era governado por um Estado absolutista, que pregava a submissão autoritária de seus súditos coloniais.

¹¹⁸GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 71.

¹¹⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 73.

Simplificadamente, o domínio exercido pelo poder absolutista e os abusos por ele cometido, juntamente com a liderança da classe abastada da época, levaram o povo Norte-Americano a exigir sua independência de seus Estado-Soberano.

Assim, com a independência dos Estados Unidos em 1783 e, posteriormente, com a Revolução Francesa que teve início em 1789, houve um clamor social pelo desmembramento das forças do Estado, tirando todo o poder concentrado da mão de um único soberano.

O que se viu com as revoluções seguintes, motivadas pelas Revoluções Norte-Americana e Francesa foi uma tentativa de diminuir a força do Estado para com os governados. Para tanto, houve a inversão dos preceitos estatais, tirando a prerrogativa de Estado do soberano e colocando-o abaixo das leis criadas pela própria nação, que representaria o povo.

Surgiram, portanto, ideais mais individualistas, tirando a mão do Estado da vida social, deixando que o cidadão levasse sua vida da forma que bem entendesse, limitando a participação do Estado naquilo que fosse de última necessidade, entrando, nessa concepção de *ultima ratio*, a interferência do Estado na pena.

Assim, o princípio da intervenção mínima está intimamente ligado a esta percepção liberalista de Estado, devendo ser analisado sob dois enfoques principais: de início, deve ser entendido como princípio de análise abstrata, servindo de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas; posteriormente, evidencia a chamada natureza subsidiária do Direito Penal, sendo encarado como *ultima ratio* de intervenção do Estado¹²⁰.

Tendo como base o primeiro enfoque, tem-se que o Estado deve se atentar àquilo que é chamado de “Teoria do Bem Jurídico”, ou seja, somente os bens de maior importância e relevo merecerão a atenção do legislador penal, com a consequente criação de leis penais que justifique a punição por parte do Estado.

Destarte, a Teoria do Bem jurídico é o estudo axiológico realizado pelo Estado, ou seja, a valoração feita pelos legisladores, para a formação de uma lei que proteja o bem jurídico violado pelo ato/fato jurídico. Contudo, o que definitivamente seria o bem jurídico a ser tutelado pelo Estado é uma discussão bem mais profunda, que levaria a outros caminhos que não é do tema principal deste trabalho.

Noutro giro, por natureza subsidiária do Direito penal, compreende-se que, tendo em vista a aplicação da pena e o resultado empírico do que seria a pena, lastreado pelo princípio

¹²⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 75.

da dignidade da pessoa humana, busca-se outros ramos de aplicação do Direito para aquele fato jurídico tutelado pela lei, antes de se recorrer ao Direito Penal. Ou seja, somente quando todas as outras opções falharem, é que se aplica os preceitos do Direito Penal.

A preocupação aqui se mostra no resultado daqueles que passam pelo sistema, muitas vezes saindo de lá piores do que entraram. Portanto, antes que o Estado interfira na liberdade do cidadão e até mesmo na vida, aceita-se que busque medidas alternativa para a punição antes da aplicação da sanção penal.

Assim, os dois enfoques principais do princípio minimalista, em conjunto, determinam que o Estado, antes de aplicar o Direito Penal, busque soluções alternativas ao problema que não tragam medidas demasiadamente traumáticas aos cidadãos.

Cabe ao legislado entender os anseios sociais, ponderando o que seria o bem jurídico a ser tutelado diante uma situação jurídica, criando, posteriormente, o ordenamento positivado, enquanto cabe ao magistrado sobrepor a aplicação daquele ordenamento e a consequência que aquilo traria para indivíduo, caso viesse a ser apenado.

4.3 Princípio da lesividade

Pelo olhar etimológico da palavra “lesividade” pode ser entendido como “dano”, “lesão” ou mesmo “prejuízo” a algo ou alguém. Isso, dentro da Ciência do Direito se tornou, com o passar dos anos e os estudos na área, uma espécie de diretriz de criação e aplicação da lei.

O princípio da lesividade veio com o objetivo de barrar o autoritarismo da lei e do legislador. Sendo que, antes da Revolução Francesa, ainda na época que o Estado era confundido e misturado com um sistema religioso, o Direito era a vontade do soberano e da autoridade religiosa, e o mesmo acontecia com sua aplicação no mundo jurídico, uma vez que a vontade destas instituições por muito vezes se confundia.

Com isso, a história mostra que se permitir que o Direito obedeça a uma autoridade singular ou uma instituição religiosa fanática, os abusos e a violência serão recorrentes. Por isso, o princípio da lesividade surgiu para evitar a aplicação de um direito soberano à sociedade desprotegida, ou melhor, ao indivíduo face ao poderio estatal.

Greco¹²¹ explica que o primeiro raciocínio que deve ter o legislador ao criar uma figura típica, será o de, efetivamente, aferir a importância do bem jurídico que irá merecer a atenção do Direito Penal. Ou seja, deve-se valorar, de forma concreta e objetiva, a necessidade de atuação do Estado quando de uma relação exclusivamente penal.

Portanto, quando se falar em lesividade, adota-se os conceitos de Nilo Batista¹²², que determina quatro vertentes de enfoque a ser observada pelo princípio da lesividade: (I) a proibição de incriminações que digam respeito a uma atitude interna do agente; (II) proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor; (III) proibição de incriminações de simples estado ou condições existenciais; (IV) proibição de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Neste sentido, tal princípio, de observância obrigatória, determina que o Direito Penal está impedido de proibir condutas que afetem ao próprio indivíduo, pois a conduta autodestrutiva que não afeta terceiros, não prejudica os bens que o Estado tem o dever de proteção. Assim, cominado com o princípio da intervenção mínima, o princípio da lesividade deve lastrear a criação de uma norma penal que dê liberdade para o indivíduo tomar suas próprias decisões, desde que a consequência do ato/fato não atinja os bens tutelados de terceiros.

A título de exemplo, por mais que a vida seja um bem tutelado pelo Estado, não se pune aquele que se suicida, mesmo que isso traga danos sentimentais a terceiros. O dano causado a própria vida, sem interferência ou auxílio de terceiro, não é ato tutelado pelo direito penal, tanto que se alguém falha na tentativa de suicídio, o Estado não o condena penalmente com um criminoso.

Contudo, tal princípio deve ser entendido e estudado com a cautela devida. Não é porque o Estado não intervenha na vontade de terceiro com base no princípio da lesividade que o indivíduo pode fazer o que bem entender com sua vida sem que haja repercussão no âmbito judicial.

Tal princípio é amplamente utilizado por muitos para defesa, por exemplo, da liberação do uso de drogas ilícitas. Contudo, necessário saber que, mesmo que a utilização traga prejuízo apenas à vida do usuário, em determinado momento futuro, este irá depender de atuação positiva do Estado. Ora, aqueles usuários mais pobres, que utilizam a droga

¹²¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 91.

¹²² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal**. p. 92-94, *apud* GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 75.

cotidianamente, apresentarão problemas de saúde da mesma forma daqueles que se tornam dependentes do uso de drogas lícitas. E não é acrescentando mais uma droga no rol de entorpecentes lícitos que se solucionará o problema de saúde pública que se instalará futuramente. A dependência química, seja ela ilícita ou lícita, afeta, independentemente de classe social, o convívio de um ciclo social familiar, trazendo prejuízo, muitas vezes, irremediáveis ao convívio social.

Portanto, até mesmo este princípio deve encontrar um ponto de equilíbrio para sua plena funcionalidade.

Contudo, em observação a este princípio, o atual Código Penal trouxe em seu art. 14, inciso II a necessidade de lesão ao um bem tutelado para o cometimento do delito:

Art. 14 - Diz-se o crime:

[...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente¹²³.

Tal dispositivo é claro no sentido de que, tentativa é quando houve o início da execução do crime, mas por fator alheio a vontade do agente, o delito não foi consumado. Assim, descarta-se qualquer possibilidade, pelo Código Penal, de punibilidade pela cogitação do crime.

Contudo, a discussão principal gira em torno dos chamados “atos preparatórios” e se devem ser efetivamente punidos pelo Direito Penal.

Com base no princípio em estudo, explica Greco¹²⁴ que não se pode levar em consideração a punibilidade do ato preparatório, mesmo que o Código Penal, em seu art. 288 traga a punibilidade do ato preparatório em seu corpo:

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

No caso específico do art. 288 não se pune o ato preparatório, exatamente pelo princípio da lesividade, mas aquele que incorre no elemento nuclear do artigo, ou seja, associar-se com três ou mais pessoas para fins específicos de cometer crimes, é punido especificamente pela associação criminosa e não pelo ato preparatório.

Contudo, aqui cabe uma crítica mais do que pertinente, pedindo todas as venias ao respeitado doutrinador. A tentativa com esse conceito é tentar encaixar o princípio em estudo

¹²³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

¹²⁴ GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 95.

em todos os casos do Direito Penal, quando na verdade o art. 288 é uma aplicação direta do Direito Penal do Inimigo. Ora, a união de três ou mais pessoa que se unem e cogitam e até mesmo planeja o crime é ato executório atentatório ao bem jurídico tutelado? Obviamente que não, uma vez que não houve violação ao bem, ainda. O planejamento e a cogitação são mera atividade cognitiva que não atinge nenhum bem protegido. Tanto que o artigo de associação criminosa se encontra, dentro do Código Penal, no título “Dos Crimes Contra a Paz Pública”, ou seja, dentro de um conceito extremamente subjetivo, uma vez que “Paz Pública” pode ser confundido com “Ordem Pública”, sendo que já foi demonstrado que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal tem definição exata para este último.

Portanto, repita-se, o princípio da lesividade deve ser observado com cautela, sendo que o Código Penal não adota em todos os dispositivos este princípio como basilar de uma valoração do ilícito, como demonstrado no art. 288, se mostrando uma mitigação deste princípio.

4.4 Princípio da adequação social

Assim como os princípios expostos anteriormente, o princípio da adequação social é um princípio orientador ao legislador, quando da criação ou da revogação das figuras típicas, bem como instrumento de interpretação dos tipos penais constantes de nosso Código Penal¹²⁵.

A criação e disseminação deste princípio é de responsabilidade do professor alemão Hans Welzel que ensina:

Tipo é o injusto penal descrito de acordo com características típicas. O injusto abrange as ações que estão à margem das ordens morais da vida social ativa (por exemplo, a falsidade nas ordens do leal intercâmbio comercial). Dado isso, deve ser compreendido também o caráter do injusto, sempre e somente através de uma referência às ordens morais da vida social ativa. Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, nem ainda quando pudessem ser entendidas em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas. *Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidas por intermédio da história*¹²⁶.

O exemplo da importância deste princípio é retratado, pelo autor, na seguinte hipótese: uma mulher que deseja se desfazer de seu casamento com seu esposo, o convence a aceitar um trabalho em uma empresa perigosa, como uma exploração de uma mina, com a intenção de que o mesmo possa perder a vida na realização de seu trabalho. Se o esposo vem a falecer em um acidente na mina, não existe o delito de homicídio praticado pela esposa, porque

¹²⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 95.

¹²⁶ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 2ª ed. Campinas: Roma, 2004. p. 106.

a exploração regulamentar de uma mina é socialmente adequada. Em compensação, a causalidade adequada não se poderia discutir.

No exemplo apontado por Welzel, a mulher não está forçando o seu marido a aceitar o emprego na mina, muito menos provocou um acidente que levou a óbito o seu conjugue. A vontade ali era do marido, mesmo que haja um incentivo por parte de sua esposa, a vontade escusa desta não é manifestada em ação que tipifique um delito penal, caso contrário, se estaria punindo o pensamento e não a ação.

Assim, são socialmente adequadas as atividades que envolvem riscos intrínsecos à sua prática, como um jogador de futebol americano, que recebe diariamente pancadas na cabeça e no tronco. Caso venha a desenvolver um problema cerebral levando-o a óbito, a mãe que incentivou o filho a praticar este esporte não pode ser considerada como homicida culposa. O mesmo serve para os pugilistas.

Em outro caso, que talvez levante maior discussão, é o procedimento que um médico realiza quando todos os outros falharam. Por exemplo: um médico que está diante de um paciente, a beira de um colapso cardíaco, e já utilizou de todos os métodos convencionais acessíveis para evitar o choque e o óbito, decide coloca-lo na mesa de cirurgia, tomando uma aproximação mais drástica, abrindo o peito e expondo o coração para choques direto no órgão, e o paciente vem a falecer, é um risco inerente à atividade médica. É da própria medicina o risco à vida, sendo que, quando todas as outras medidas falharam, a última foi a medida ao alcance da medicina para que o médico salvasse uma vida e, se por ventura o paciente veio a falecer porque o seu coração já estava debilitado e não suportou a cirurgia, não pode o médico ser considerado um homicida por ter feito uma incisão no peito do paciente, sendo que sua última chance era a cirurgia. Se trata de uma medida socialmente adequada e aprovada pelos profissionais da área médica.

Para ficar mais claro, Welzel explica que:

Somente as ações que ultrapassam a adequação social são fatos tipicamente ajustados a homicídio, lesões, danos, prejuízos, coações e diversos mais. A função metódica da adequação social consiste em recortar das palavras formais dos tipos, aqueles acontecimentos da vida que materialmente a eles não pertencem, e em que, com isso, se consegue que o tipo seja realmente uma tipificação do injusto penal¹²⁷.

Assim, o que se visa com a criação deste princípio é um limitador social ao legislador e à aplicação do direito. Cabe, portanto, ao construtor da lei a qualidade de pesquisador e selecionador das condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes e

¹²⁷ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 2ª ed. Campinas: Roma, 2004. p. 109.

necessários ao convívio em sociedade, impedido de criar tipos penais que proibam condutas que já estejam perfeitamente aceitas dentro desta mesma sociedade.

Se o legislador resolve tipificar condutas já aceitas dentro da sociedade, isto estimulará a clandestinidade. A sociedade que já tem determinada em sua consciência um valor intrínseco de seu convívio, não irá aceitar de bom grado uma limitação imposta pelo Estado àquilo que é tido como comum. Experiência empírica de tal afirmação foi a lei seca americana nos anos 1920, em consequência da aprovação pelo Congresso Americano da Lei de Volstead. A proibição do consumo e da comercialização do álcool pelo governo americano, elevou o nível da criminalidade movida pelo alto retorno financeiros em decorrência do contrabando de bebidas alcoólicas em todo os Estados Unidos.

A consequência da não observância pelo governo da época, por meio de uma intervenção legislativa do Estado a uma pratica social adequada e, diga-se, milenar, do consumo de bebida alcoólica, que já estava embutido no cotidiano do cidadão americano, levou a uma maximização da intervenção estatal na liberdade individual que resultou na criação de verdadeiros sindicatos do crime.

Perceba a importância da observância e obediência, por parte do legislador, do princípio da adequação social. No momento em que o legislador entende ser viável a elaboração de uma lei penal, que tipifique como crime uma conduta aceita pela sociedade, estar-se-á diante de uma aplicação máxima do Direito Penal, sob os auspícios de uma intervenção Estatal máxima na vida do cidadão. É o Estado tentando conduzir o que é certo ou errado pelo convívio social, ou seja, é a condução do poder pelo Estado Absolutista ou ditatorial.

Da mesma forma, o balizamento da legislação pelo princípio da adequação social, serve para revogação de leis penais caducas:

A título de exemplo, utilizaremos as disposições contidas no art. 233 do Código Penal, que prevê o delito de ato obsceno, dizendo: *praticar ato obsceno em lugar público aberto ou exposto ao público*. Voltemos à década de 1940, período em que o Código Penal entrou em vigor, requerendo um exercício de imaginação. Suponhamos que seu avô tenha conhecido sua avó, numa época em que os namorados sequer andavam de mãos dadas pela rua. Seu avô, considerado “moderninho” para aqueles padrões, surpreende sua avó com um beijo rápido nos lábios. Um oficial da policia de costumes assiste à cena, estupefocado, juntamente com as demais pessoas que se encontravam no

local e, imediatamente, o prende em flagrante, em razão de ter cometido o crime de ato obsceno¹²⁸.

No exemplo acima, tal entendimento na modernidade seria rechaçado de pronto. Não é um beijo, entre namorados, que justificará uma intervenção or parte do Estado, podendo até ser discutida o chamado “beijo com lascívia”, que envolva, talvez, um contato mais abrupto, constrangendo pessoa ao redor.

Neste mesmo tocante, este princípio da adequação social, serve, também, para ajustar novas práticas sociais à legislação posta que, contudo, não eram vistas como crime ou tipificadas como um ilícito. Por exemplo, quando da criação do atual Código Penal, era comum ajuste entre famílias para casamentos entre filhos, o chamado casamento arranjado. Porém, não era levando em conta os desejos dos nubentes, sendo que sua vontade não importava, o que era considerado comum à época e jamais seria tipificado como, talvez, um constrangimento ilegal do art. 146 do Código Penal.

De outra sorte, hoje em dia isto é impensável, tendo em vista que a conduta social adequada alterou seu entendimento, sem precisar alterar a legislação, uma vez que, mesmo criado àquela época, o art. 146 do Código Penal apenas amoldou mais uma conduta ao seu limite de tipificação.

Assim, a aplicação deste princípio é de grande importância para que haja uma limitação por parte do legislador à criação da lei e, quando de sua aplicação, este princípio limitará a atuação e interpretação do Poder Judiciário na aplicação da lei. Tende-se, assim, a cumprir duas funções primordiais na relação cidadão e Estado: obstar a atuação do Estado na liberdade individual e; garantir a liberdade individual (como por exemplo o caso do art. 146; a interpretação judiciária à lei, neste caso, deve garantir a liberdade do indivíduo em se negar a contrair matrimônio forçado por terceiros).

Assim, o princípio da adequação social, somado aos outros princípios apresentados (dignidade da pessoa humana, intervenção mínima e da lesividade) devem nortear a criação e aplicação da lei, não podendo esquecer que o Estado serve para proteção ao cidadão, mesmo que isto sacrifique um pouco de sua liberdade, mas não como limitador de sua ampla vontade.

4.5 Princípio da insignificância

¹²⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 96.

Uma das maiores questões que fundamenta a elaboração deste trabalho, bem como a aplicação do Direito Penal na relação Estado-indivíduo, é a busca de um conceito definitivo de justiça. Pela evolução histórica de uma aplicação de direito penal, a justiça deveria ser aplicada, em princípio, como retributiva, aquilo que se perdeu deve ser tirado do criminoso, na mesma medida do dano causado.

O início, portanto, de uma aplicação do Direito Penal era a vingança privada, levada a cabo pelas próprias vítimas do crime. Se um porco foi roubado, um porco deveria ser tomado do criminoso para compensação da vítima. Se um olho foi furado, um olho do criminoso deveria ser furado como retribuição.

Contudo, a evolução social e do Estado afastou a vingança privada para aplicação da lei por parte independente do Estado, ou seja, retira o caráter pessoal do Direito Penal e permite que a retribuição seja aplicada na medida que o próprio Estado considera justo.

Neste sentido, por muito tempo a retribuição dada pelo Estado visou a aplicação do Direito Penal como a primeira arma contra o crime perpetrado. Felizmente, hoje a aplicação da lei penal é posta como *ultima ratio*, como já foi colocado, buscando sempre alternativas para a compensação pelo crime, à vítima e a sociedade. E é neste sentido que se fundou o princípio da insignificância no direito penal.

No Brasil, o princípio da insignificância foi amplamente difundido pelo julgamento do *Habeas Corpus* nº 84412, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

O caso analisado pela Corte Suprema se referia ao fato de um jovem de dezenove anos que subtraiu, para si, fita de vídeo-game, no valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) – ou 18% do salário mínimo vigente à época –, tendo, ainda, a intenção de devolve-la, como apontou os depoimentos do caso. Apontou-se ainda que, em decorrência do caráter indisponível da ação penal, a queixa não pode ser retirada, e que o impetrante foi condenado à pena de 8 (oito) meses de reclusão.

Ora, para o homem médio pode se tratar de uma acusação comum, que merece reprimenda por parte do Poder Judiciário, afinal, quem comete um crime deve pagar na medida da lei. E, pelo fato de ter sido atribuído ao Estado o poder/dever de atuação positiva em casos de aplicação da lei, o que se espera é que seja atribuída a pena ao criminoso.

De outra sorte, repita-se, a máquina estatal de aplicação da lei, deve ser o ultimo recurso a ser utilizado, quando da aplicação do Direito Penal, buscando-se mediadas

alternativas para aplicação de uma reprimenda legal. Assim, por tudo o que foi exposto até o momento, este trabalho não se pode colocar favorável a uma aplicação penal, a um crime que teve um dano insignificante.

Neste sentido, no voto do Ministro Celso de Mello, estabeleceu-se que o princípio da insignificância deve ser analisado em conexão aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal. Assim, tal princípio tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

Fundou-se, assim, a necessária presença de pressupostos à conduta que afasta esta tipicidade, merecendo a aplicação do princípio em foco. Estes vetores que guiam a aplicação do princípio são: (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) nenhuma periculosidade social da ação; (III) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; (IV) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Tais pressupostos servem como comprovação de que o objetivo de uma aplicação do Direito Penal mínimo, não é a afastabilidade da tutela do Estado aos direitos garantidos de proteção e retribuição aos cidadãos que abriram mão da vingança privada, mas uma aplicação subsidiária do sistema penal, visando uma intervenção mínima do Estado.

Isto significa, pois, que o sistema jurídico **há de considerar** a relevantíssima circunstância de que a **privação** da liberdade e a **restrição** de direitos do indivíduo **somente** se justificarão **quando estritamente necessárias** à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhe sejam essenciais, **notadamente** naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, **impregnado** de significativa lesividade¹²⁹.

Com este princípio, se tem a diferenciação entre a atuação do Estado-Legislator e o Estado-Juiz, uma vez que, os princípios expostos anteriormente demonstrar a necessidade de sua observância, principalmente, por parte do Poder Legislativo, enquanto a aplicação do princípio da insignificância é uma aplicação doutrinária e jurisprudencial. Assim, a construção de tal preceito não é legislativa, mas de interpretação judicial e discricionária ao julgador.

Com isso, importante gizar, novamente, o escopo deste trabalho não é, de forma alguma, o fim do direito e do poder do magistrado de interpretação, mas, talvez, a mitigação da aplicação de medidas desnecessárias e usurpadoras da liberdade individual, quando ainda em curso um inquérito penal ou a ação penal. A liberdade interpretativa do juiz não deve ser tolhida, mas balizada pelos princípios democráticos do Direito Penal.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 84.412/ SP. Segunda turma. Paciente: Bil Cleiton Cristovão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 de outubro de 2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

Neste sentido, a doutrina de Rogério Greco explica que:

Realmente, como já deixamos antever, o princípio da insignificância serve como instrumento de interpretação, a fim de que o exegeta leve a efeito uma correta ilação do tipo penal, dele retirando, de acordo com a visão minimalista, bens que, analisados no pano concreto, são considerados de importância inferior àquela exigida pelo tipo penal quando da sua proteção em abstrato¹³⁰.

Contudo, o alerta deve ser feito. Como se está a falar de um direito penal do equilíbrio, estar-se-á falando de uma relação equilibrada até mesmo dos princípios que estão sendo apresentados. Assim, até o mesmo o princípio da insignificância inspira cautela em sua aplicação.

Por exemplo, como no caso defendido pelo HC 84412/SP, o princípio foi aplicado dentro de um contexto fático que envolvia um crime de furto. Por outro lado, quando se fala em crimes contra a vida, como o homicídio, não se pode ser aplicado tal princípio, tendo em vista que o bem jurídico tutelado, neste caso, não é um simples patrimônio material, mas um patrimônio exclusivo e único.

Neste sentido indaga-se: seria aplicável tal princípio aos crimes que envolvem corrupção?

Em uma concepção tripartida do Direito Penal, o crime é entendido como uma ação típica, ilícita e culpável, sendo que o fato típico é a somatória de quatro elementos: conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; resultado; nexo de causalidade e; tipicidade penal.

Greco ensina que é a tipicidade penal que reside a aplicação do princípio da insignificância:

Interessa-nos, nesta oportunidade, o estudo tão somente da tipicidade conglobante, em sua característica correspondente à tipicidade material. Por tipicidade material deve-se entender o critério por meio do qual o Direito Penal afere a importância do bem no caso concreto. Na verdade, o estudo da teoria da tipicidade penal tem início com a aferição da chamada tipicidade formal ou legal. Quer isso dizer que, se o fato for formalmente típico, ou seja, se houver uma adequação do comportamento praticado pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, que é o nosso tipo, deve-se ingressar no estudo da característica seguinte, ainda dentro da tipicidade penal¹³¹.

Assim, diante de um fato constituído como crime pelo ordenamento jurídico pátrio, dentro da própria questão da tipicidade do crime, analisar-se-á a tipicidade material, aferindo a importância do bem jurídico tutelado pela lei no caso concreto.

Destarte, quando se fala em crimes de corrupção pública, está se falando dos crimes contra a administração pública, onde o bem jurídico tutelado pelo Código Penal é a própria

¹³⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 100.

¹³¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 101.

administração pública, ou melhor, seu funcionamento, bem como a segurança aos administrados de um bom retorno por parte do Estado aos seus tutelados. Dentre essas proteções estão dois crimes de corrupção, diferidos por seus agentes. Em um primeiro momento, o código define o crime de corrupção praticada pelo próprio agente público contra a administração, a chamada corrupção passiva, no art. 317:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa¹³².

Em um segundo momento, o código define o crime praticado por agente particular contra a administração em geral, chamada de corrupção ativa:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa¹³³.

São crimes cometidos contra a própria atuação do Estado no bem-estar social, sendo, portanto, crimes contra a própria população em geral. Assim, logo de pronto se tende a afastar qualquer princípio que isente de pena aquele que cometeu este tipo de crime.

Contudo, de acordo com o Direito Penal do equilíbrio que se busca apresentar neste trabalho, a lei não pode se ocupar com bagatelas, mas sim com agressões a bens de relevo¹³⁴. Ou seja, a aplicação deste princípio não está vinculada ao que/quanto foi solicitado pelo agente público ou oferecido ao agente público, mas ao próprio bem que é afetado pela realização desta conduta tipificada. Não se avalia o “que”, mas a “quem” a conduta feriu.

Nos casos de corrupção, portanto, não seria viável a aplicação deste princípio, não com uma visão abolicionista do crime, mas caberia sim sua aplicação como uma redução da pena que eventualmente seria imposta ao criminoso. Assim, a conduta de uma pessoa que oferece a um fiscal um suborno de R\$ 100,00 (cem reais) para não fechar um estabelecimento que não está nos padrões de segurança para funcionamento, é a mesma de quem oferece R\$ 5.000,00 (cinco mil). Mas enquanto no primeiro caso a corrupção era para tentar manter aberto o seu único local de trabalho e sustento familiar, ganhando tempo para ajustar o estabelecimento aos padrões exigidos, o segundo era para manter aberto uma de suas muitas filiais. Assim, por um estado de necessidade – que não excluiria a tipicidade da conduta – logicamente o primeiro

¹³² BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 29 de agosto de 2018.

¹³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

¹³⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 102.

não poderia ser apenado da mesma forma que o segundo. A razão social do crime e o peso social da conduta são diferentes.

Esta deve ser a atuação do Direito Penal do equilíbrio, é a busca pela aplicação equilibrada do Direito Penal diante do fato concreto posto para julgamento. Novamente repita-se, a discricionariedade e a interpretação do fato pelo magistrado é quem deve ditar a prolação da sentença, mas essa hermenêutica livre do julgador, deve ser balizada e controlada pelos princípios de uma Direito Penal justo e equilibrado. Perceba que, no caso do princípio da insignificância foi a avaliação do bem jurídico tutelado que disse que deve ser aplicado sanção a quem comete um crime de corrupção, mas foi também o princípio da insignificância que determinou o *quantum* da pena ao caso concreto.

Fechando com as palavras de Rogério Greco:

O princípio da insignificância, portanto, servirá de instrumento de utilização obrigatória nas mãos do interprete, a fim de realizar a perfeita adaptação do comportamento do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, com a sua atenção voltada para a importância do bem ofendido, raciocínio que é levado a efeito considerando-se a chamada tipicidade material.

4.6 Princípio da individualização da pena

Logo em sequência à observância dos princípios anteriormente postos, deve o magistrado passar a observar o princípio da individualização da pena:

Compete ao princípio da individualização da pena, como raciocínio consequente à adoção dos princípios anteriormente expostos, no enfoque proposto pelo Direito Penal do Equilíbrio, determinar a sanção correspondente a cada infração penal¹³⁵.

Assim como muitos dos princípios aqui descritos, o princípio da individualização da pena obteve enfoque por parte do legislador constitucional, no art. 5º, inciso XLVI, da *magna carta*:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;¹³⁶

¹³⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 106.

¹³⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

O princípio da individualização da pena é dividido em três fases distintas, a saber: a) fase da cominação; b) fase da aplicação e; c) fase da execução¹³⁷. Olhando por um ângulo específico, este princípio deve balizar, diretamente, a atuação do Poder Judiciário na aplicação da lei, mas não significa que o legislador não esteja vinculado a sua observância quando da criação do tipo penal, bem como da pena. Tanto é verdade que o Código Penal, bem como a Lei de Execuções Penais é quem dita a ordem e limite aos magistrados para aplicação e execução da reprimenda penal.

Neste sentido, o Código Penal Brasileiro trouxe a primeira fase do princípio da individualização da pena em seus artigos 53 a 58, no Capítulo II, do Título V:

Conceitualmente, a fase da individualização das penas é aquela que ocorre no plano abstrato, sendo de competência do legislador. Dissemos que é a fase que ocorre no *plano abstrato* em virtude do fato de que, inicialmente, antes mesmo da criação típica, o legislador deverá levar a efeito um raciocínio de valoração dos bens, com o objetivo de determinar a importância que cada um merece¹³⁸.

É nesta fase de cominação que se pode observar melhor uma atuação conjunta entre o legislador e o magistrado. Após a eleição dos bens a serem tutelados pela legislação penal, por parte do legislador, é que se tem início a individualização da pena por parte do magistrado, levando-se em conta um raciocínio de retribuição pelo bem jurídico afetado pela conduta penal.

Assim, na fase de cominação é onde fica claro a limitação do Poder Judiciário quanto a retribuição e à proteção dada ao bem jurídico tutelado, impondo-se uma limitação ao magistrado no mínimo e no máximo da aplicação penal.

Já a segunda fase, a da aplicação da pena, veio prevista no Capítulo III, do Título, do Código Penal Brasileiro. É neste capítulo que se encontra um dos mais importantes artigos da legislação penal brasileira, o de nº 59, responsável pelo estabelecimento da aplicação de uma pena base para o cálculo da reprimenda penal.

Com este artigo o observador que aguarda uma reprimenda legal à violação do bem jurídico tutelado, consegue perceber o tamanho do poder e da discricionariedade do julgador. Há de ser dito que, em um primeiro momento, o julgador não pode extrapolar o máximo da pena atribuída a um certo crime pelo legislador. Contudo, sua área de liberdade e discricionariedade nos parâmetros da reprimenda penal é imenso. Assim, se o legislador atribuiu ao crime de homicídio simples a pena de 6 a 20 anos, para a fixação da pena base, pode o magistrado, observando a culpabilidade (critério subjetivo), os antecedentes (critério

¹³⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 107.

¹³⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 107.

objetivo), conduta social (critério subjetivo), personalidade do agente (critério subjetivo), os motivos (critério subjetivo/objetivo, dependendo das provas angariadas no processo), circunstancias e consequências do crime (critérios subjetivos) e comportamento da vítima (critério subjetivo), fixar a pena no critério temporal dentro do parâmetro estabelecido pelo legislador:

Merece ser frisado que, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, quem dita a importância do bem a ser protegido pelo Direito Penal não é o juiz, mas sim o legislador. A lei, na verdade, é que se encarrega de dar a importância que cada bem merece. O juiz, no caso concreto, considerando a importância do bem já ditada anteriormente pela lei, deverá, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrar a pena justa para o caso concreto, não podendo, contudo, jamais fugir às orientações legais a que está submetido¹³⁹.

Na prática, é exatamente a divisão dos poderes e o equilíbrio que os federalistas buscavam em sua estrutura constitucional de governo. Defendiam a separação dos poderes, mas com uma mentalidade como essa, afinal quem de fato representaria os interesses da sociedade eram aqueles eleitos por ela, e não o julgador da lei.

Assim, quando o art. 68 do Código Penal¹⁴⁰ estabelece uma divisão trifásica da aplicação da lei, ele não está limitando a liberdade discricionária do magistrado, mas instruindo que, de acordo com o que foi valorado pelo interesse social do povo, o julgador deve se ater aos parâmetros estabelecidos à cada crime, para a aplicação “justa” de uma sanção penal.

Já a última fase da individualização da pena, a da execução, os parâmetros para o cumprimento da reprimenda penal já estão estabelecidos pelo: I) limitação do lapso temporal aplicado a cada crime pelo legislador; II) sentença condenatória prolatada pelo julgador dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei e; III) execução da sanção imposta com base na lei estabelecida para execuções penais, devendo ser observada objetivamente pelo legislador.

A lei de execuções penais, ou Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, é a diretriz primordial do julgador na aplicação da sanção. Ora, pelo que foi exposto nas outras duas fases, deve existir um equilíbrio latente entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário para a definição da reprimenda legal, o que não é diferente nesta última fase do processo criminal. Deve haver um equilíbrio entre a aplicação das normas executórias da sanção, onde os critérios objetivos

¹³⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 108.

¹⁴⁰ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

estabelecidos pela lei nº 7.210/84 deve ser obedecido, mas a subjetividade do magistrado não é excluída integralmente. Como por exemplo, o art. 112 da mencionada legislação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão¹⁴¹.

Pela leitura do dispositivo observa-se que ainda cabe ao juiz a determinação da progressão de regime, ou seja, da forma de execução da pena imposta, sendo que, entendendo o magistrado que o comportamento do apenado não lhe dá a autorização para a progressão, ele tem o poder de decidir pela manutenção do regime mais gravoso, restando, ainda, uma discricionariedade elevada nas mãos dos juízes.

Neste sentido, o princípio da individualização revela sua magnitude e importância no direito penal do equilíbrio porque exige uma atuação conjunta de dois poderes diferentes de um Estado Democrático de Direito. Como dito inúmeras vezes, a atuação do Direito Penal é a última alternativa para a retribuição à sociedade por um mal causado pelo indivíduo, sendo que sua segregação do seio social é a atuação máxima do Estado. Por isso, este princípio da individualização deve balizar uma aplicação correta e justa da pena ao criminoso, tentando afastar a concepção de um Estado intervencionista máximo. Este equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, traz um equilíbrio à aplicação do Direito Penal.

4.7 Princípio da proporcionalidade

Provavelmente é um dos princípios de maior dificuldade de aplicação, em decorrência de sua subjetividade quanto à aplicação de uma sanção ou uma restrição penal.

Se olhar pela linha histórica, observar-se-ia que este princípio não é nem um pouco novo, mas sua aplicação é deveras antiga, retornando ainda à aplicação do famigerado Código de Hamurabi, onde a proporcionalidade era retirar do criminoso, a mesma coisa que foi retirada da vítima. Porém, como já mencionado várias vezes, a aplicação do brocardo “olho por olho, dente por dente” é uma aplicação direta da vingança privada aplicada pelos indivíduos e não pelo Estado.

Contudo, no mundo atual, uma nova idéia de proporcionalidade no Direito Penal recai sobre os ombros dos julgadores e dos legisladores. Ora, a própria criação da Lei exige uma valoração de proporcionalidade do fato típico, exigindo que quando o legislador cria a

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

norma penal, este observe quanto o lapso temporal que balizara a aplicação penal pelo magistrado.

Por outro lado, uma vez limitado o tempo pela norma penal, cabe ao juiz a quantificação proporcional do *quantum* da pena, sendo que, a junção da atividade legislativa e judiciária em busca de uma proporcionalidade é uma profunda discussão do Direito Penal, ainda mais quando se assevera o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, pugnando-se sempre por medidas alternativas à restrição da liberdade individual.

Neste sentido, a afirmação de que a aplicação ou severidade da pena deve ser proporcional à gravidade do delito, se torna extremamente subjetiva, dependendo de uma análise pessoal do aplicador da sanção.

Contudo, destaca Rogério Greco que há dois momentos distintos de aferição da proporcionalidade, sendo que primeiramente deve ser analisado as penas cominadas em abstrato e, após as penas aplicadas ao caso concreto¹⁴².

Com isso, possuímos duas proibições expressas dentro de um conceito de princípio da proporcionalidade, a “proibição do excesso” e a “proibição de proteção deficiente”¹⁴³.

A primeira vertente é uma tentativa principiológica de proteção às liberdades dos cidadãos evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal. Portanto, tal conceito deve ser atendido pela atuação tanto do legislador quanto do julgador.

Como exemplo à observância da proporcionalidade que recai sobre o legislador:

A título de exemplo, vejamos o que ocorre com o delito de lesão corporal praticada na direção do veículo automotor, tipificado no art. 303 do Código de Trânsito brasileiro, comparativamente ao art. 129, *caput*, do Código Penal. se o agente culposamente, dada uma distração no momento em que tentava sintonizar uma estação de rádio, vier a atropelar a vítima na direção de seu automóvel, será punido com a pena de detenção, de seis meses a dois anos. Agora, se, dolosamente, tiver a intenção de atropelá-la, a fim de causar-lhe lesões corporais de natureza leve, a pena, de acordo com o preceito secundário do art. 129, *caput*, do Código Penal, será de detenção, de três meses a um ano¹⁴⁴.

Por outro lado, quando se fala na responsabilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade ao julgador:

¹⁴² GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 112.

¹⁴³ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 113.

¹⁴⁴ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 114.

A título de exemplo, podemos citar o que vem acontecendo após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, em que parte da doutrina vem se posicionando no sentido de entender que o beijo lascivo forçado, ou seja, praticado mediante violência ou grave ameaça, pode se configurar em um delito de estupro. Esse raciocínio equivocado, *permissa venia*, faz com que um comportamento que não possui a gravidade exigida pelo art. 123 do Código Penal seja exageradamente punido¹⁴⁵.

Já a proibição de proteção deficiente quer dizer que, se por um lado não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, eliminado figuras típicas ou pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger¹⁴⁶. A proporcionalidade exige uma avaliação subjetiva da conduta com o intento de se apenar o indivíduo que comete um ilícito caracterizando-se a “proibição do excesso”, mas, ao mesmo tempo, exige do legislador que ele não permita uma deficiência legislativa, de modo o desproteger bens jurídicos fundamentais, caracterizando-se a “proibição de proteção deficiente”.

4.8 Princípio da responsabilidade pessoal

Dentro da aplicação da reprimenda penal, existe um preceito que deve ser entendido antes de qualquer atitude a ser tomada por parte do julgador, a de que: o princípio da responsabilidade penal limita a eficácia da pena ao indivíduo que realmente cometeu o crime.

Pela análise histórica do Direito Penal, é sabido que muitas vezes não se atingia somente a pessoa que havia cometido o crime, mas acabava atingindo, muitas vezes, terceiros que nada tinham a ver com a relação penal, mas eram ligadas ao criminoso de alguma forma, por exemplo, a pena poderia recair até mesmo sobre a própria família do indivíduo processado¹⁴⁷.

Contudo, felizmente com o desenvolver da sociedade e dos conceitos morais e de dignidade humana, o constituinte de 1988 entendeu positivar no texto da *Magna Carta* este princípio da responsabilidade pessoal no art. 5º:

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas

¹⁴⁵ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 114.

¹⁴⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 115.

¹⁴⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 122.

aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;¹⁴⁸

Por um olhar humano da pena, na concepção de Rogerio Greco, quando o indivíduo é apenado, a pena acaba recaindo, mesmo que subsidiariamente, sobre sua família, tornando o princípio maleável, sendo que sua mitigação é possível, mesmo que sua observação esteja prevista no texto Constitucional, se tratando de um caráter informal do princípio¹⁴⁹. Contudo, *concessa maxima venia*, a dor sentimental familiar não afeta a estabilidade do princípio, muito menos simboliza uma mitigação do conceito. Por mais que a segregação de um indivíduo culpado por um crime afete seu seio familiar, a liberdade individual permissiva da vontade do agente do crime é a razão para que o criminoso pague com sua liberdade. O que se quer dizer é que a vontade do criminoso é o motivo pela aplicação da pena, sendo que, se o *quantum* e o modo de aplicação da pena obedeceram aos princípios e as leis penais, não há extrapolação da aplicação penal, e a dor sofrida pelos terceiros é culpa exclusiva da liberdade volitiva do agente.

Por outro lado, essa visão mais humana e menos agressiva do Direito Penal é pertinente para a eventual execução da pena, tanto que a Lei nº 7.210/1984, que institui a execução penal, prevê certos direitos e garantias ao apenado que o mantenha próximo à relação familiar, como é o caso do art. 41, incisos X e XV:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:
[...]
X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
[...]
XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.¹⁵⁰

Já em uma visão formal do princípio, resta saber se há como as penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa, serem burladas pela execução a terceiros estranhos a relação processual.

De pronto rechaça-se que exista qualquer possibilidade que o apenado com penas restritivas de liberdade ou restritivas de direitos sejam substituídos por terceiros no cumprimento da pena. Por outro lado, em uma bela crítica, Greco¹⁵¹ expõe a falibilidade das penas de multas, ao ponto em que, citando Luigi Ferrajoli, demonstra a perda da natureza

¹⁴⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

¹⁴⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 123.

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

¹⁵¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 124.

absoluta do princípio da responsabilidade pessoal. O exemplo utilizado é o que se passou na ação penal 470, popularmente conhecida como “mensalão”, com tramite no Supremo Tribunal Federal. Nela, alguns condenados, sob o argumento de não possuírem recursos para efetuar o pagamento da sanção pecuniária, solicitaram apoio de pessoas a eles partidárias, e arrecadaram fundos superiores aos que efetivamente foram condenados, efetuando a quitação da sanção pecuniária, sem sofrerem qualquer depredação patrimonial. Nestes tipos de casos que vem ocorrendo constantemente, principalmente quando há personalidades políticas envolvidas, quem efetivamente cumpre a sanção estipulada são terceiros que não atuaram na atividade criminosa.

4.9 Princípio da limitação das penas

Quando se fala no princípio de limitação das penas, estar-se-á falar de uma perspectiva de limite negativo da Constituição Federal, sendo conduta considerada criminosa pelo legislador ordinário não pode ferir bens ou condutas reconhecidos e autorizados pela *Lex Maior*, sob pena de inconstitucionalidade da norma.

Neste sentido, não pode o legislador criar uma norma que reconheça como crime a liberdade de reunião de mulçumanos, por exemplo, para manifestação de sua fé, sob pena de violação constitucional.

Destarte, a atuação negativa de Constituição Federal para a criação da norma penal, é uma limitação da atividade legislativa ordinária, evitando abusos por parte de um poder da República.

Neste sentido, quando se fala em uma atuação negativa da Lei Maior na limitação das penas, um dos exemplos deste princípio está insculpido no art. 5º, inciso XLVII, da CF/88 XLVII - não haverá penas:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;¹⁵²

Assim, funcionando não apenas como um limitador negativo na conduta do indivíduo, a Constituição Federal atua, também, como limitador negativo na limitação da pena,

¹⁵² BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2018

bloqueando a atuação legislativa que sacrifique os preceitos colacionados no referido dispositivo.

Contudo, não se avaliará os critérios objetivos e subjetivos que limitam a aplicação destas penas, uma vez que não se trata do tópico deste estudo, mas a questão que deve ser levantada, observando esta atuação negativa da CF/88 é: qual a limitação constitucional para as penas preventivas?

Ora, até aqui demonstrou-se, cabalmente, que a prisão preventiva é uma espécie de mal necessário para a sociedade, mas que deve ser regrado por mecanismos legislativos e judiciais em cada caso concreto, evitando-se uma antecipação da pena. Ou seja, dentro de um contexto social ideal, as penas preventivas seriam uma espécie de garantia do processo e proteção à sociedade e ao próprio indivíduo.

Contudo, é sabido que há uma limitação negativa no texto constitucional para a aplicação das penas definitivas e, inegavelmente, estas limitações devem ser aplicadas, também, às medidas preventivas. Daí, sabe-se que o processo não é perpetuo, mas tende a uma duração elevada. Ora, um levantamento do Conselho Nacional de Justiça demonstrou que o tempo médio da fase de conhecimento de um processo criminal é de três anos e três meses, no juízo comum¹⁵³. Assim, retornando a pergunta feita, pode o réu permanecer preso, preventivamente, por três anos, mesmo que ainda não tenha sido comprovada a culpa? Olhando pelo critério objetivo, a Constituição não determina tempo máximo para esse tipo de prisão, o que levaria o leigo a uma resposta afirmativa. Contudo, diante de um Direto Penal do Equilíbrio, surge o Poder Judiciário, juntamente com seu poder discricionário, para preencher a lacuna deixada pelo legislador, sendo que no HC 146.561, que foi no mesmo sentido do HC 144.909 MC/SC, ambos julgados monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio, constatou-se que o Ministro do Supremo Tribunal Federal apontou o fato de que o paciente estava preso, sem culpa formada, nem mesmo trânsito em julgado de sentença condenatória, por dois anos e dezesseis dias, configurando excesso de prazo:

DECISÃO PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – INSUBSISTÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO. HABEAS CORPUS – LIMINAR – DEFERIMENTO. HABEAS CORPUS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. (...) 2. Observem que o Juízo, ao determinar a preventiva, ainda na fase das investigações, considerou a imputação. Inexiste a segregação automática tendo em conta o delito eventualmente cometido, levando à inversão da ordem do processo-crime, que direciona, presente o princípio da não culpabilidade, a apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da pena. Reiterados são os pronunciamentos do Supremo sobre a inviabilidade de potencializar

¹⁵³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>

GALVÃO – **HC 83.867/PB**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 84.181/RJ**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 84.907/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.)¹⁵⁵. (Grifo do autor)

Com isso, mesmo que o legislador constitucional não tenha estabelecido o prazo de limitação das medidas restritivas, o próprio Poder Judiciário vem controlando os excessos que eventualmente podem ocorrer, bem como determinando um limitador à aplicação destas medidas para os juízos de piso.

Resta, portanto, necessário um equilíbrio por parte das cortes judiciais do Estado para que equilibre a aplicação justa deste princípio, sendo que a discricionariedade do magistrado ainda terá forte influência neste quesito, significando uma necessária sobriedade do Poder Judiciário, buscando o equilíbrio na aplicação da medida restritiva, com os princípios até aqui apresentados, bem como os outros dois que serão discriminados.

4.10 Princípio da culpabilidade

Buscando o resguardo doutrinário nos autores clássicos do Direito Penal, “culpabilidade agrega a ação antijurídica – seja a execução dolosa de um rito, seja a lesão não-dolosa de diligencia – um novo elemento, via do qual se converte em delito”¹⁵⁶. Segundo Hans Welzel, a culpabilidade contém uma dupla relação: a ação de vontade do autor não é como requer o direito, apesar de que realizável conforme a norma. A relação do ato antijurídico, frente ao que pode ser realizado dentro da norma legal, reside o caráter específico da culpabilidade.

Dentro desta doutrina clássica, a culpabilidade esta ligada a um conceito de censurabilidade, sendo uma ordem jurídica personificada pelo legislador ou o juiz, que representaria uma censura de culpabilidade:

Culpabilidade, em seu mais próprio sentido, é somente a censurabilidade como *valoração* da vontade de ação; *objeto* dessa valoração é a vontade antijurídica de ação (e por ela, toda a ação antijurídica). Esta vontade de ação aquilatada como culpável, é denominada agora também como “culpabilidade”. Com isso se dá passo a uma ambiguidade equívoca no conceito de culpabilidade. Culpabilidade, no sentido estrito, é somente a *censurabilidade*, ou seja, a qualidade específica de desvalor na vontade da ação. Neste sentido mais amplo, “culpabilidade” significa também a vontade de ação mesma, junto com sua qualidade de desvalor, como totalidade: a vontade culpável (ou seja ação culpável)¹⁵⁷.

Greco explica que a culpabilidade deve ser analisada por dois enfoques diferentes para uma realização de juízo de censura, sendo que o primeiro é de natureza interna, realizado

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 101.357 – MC/SP. Decisão monocrática. Paciente: Amaurilio Ramos do Nascimento. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de mar. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC101357CM.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 2ª ed. Campinas: Roma, 2004. p. 214.

¹⁵⁷ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 2ª ed. Campinas: Roma, 2004. p. 216.

pelo próprio agente que pratica a infração penal; depois, por um enfoque externo, que deve ser levado em conta pelo aplicador da lei¹⁵⁸.

Quanto ao primeiro critério, seria o mesmo que dizer o quanto que o próprio agente reprova sua conduta, até mesmo arrependendo-se de ter praticado ato antijurídico. Contudo, caso o autor do fato não tenha a capacidade de mensuração de sua conduta, ou mesmo entende que suas ações são justificadas, acreditando que a conduta é justa, cabe ao julgador aferir a culpabilidade. O fator externo é a capacidade de aferição do julgador para reprovar a conduta do crime.

Destarte, sendo necessária a observação subjetiva da conduta por pelo terceiro (juiz), é preciso ter em mente a observação do princípio da culpabilidade na conduta, exercendo papel fundamental na aplicação de um Direito Penal do Equilíbrio, sendo que a índole subjetiva do agente pode pesar na aplicação de um Direito Penal Minimalista ou Maximalista. Assim, somente os fatos altamente reprováveis é que deverão merecer a atenção do Direito Penal¹⁵⁹.

Neste sentido, na observação deste princípio, deve ser observado a máxima de *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, impondo que a culpabilidade deve ser analisada mediante três enfoques distintos e, ao mesmo tempo, interligados, sendo eles: a culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; culpabilidade como princípio medidor da aplicação da pena e; culpabilidade como princípio que impede a chamada responsabilidade penal objetiva (sem culpa ou pelo resultado)¹⁶⁰.

Importante gizar que na doutrina de Rogério Greco, o autor determina uma necessidade de aplicação dos preceitos da culpabilidade em dois momentos distintos: no primeiro, ele afirma que a culpabilidade é elemento essencial para caracterizar o cometimento de um crime, sendo uma das três concepções do conceito analítico do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Em um segundo momento, a culpabilidade se apresentará no momento de aplicação da pena, e é nessa situação que o julgador deve observar os preceitos minimalistas do princípio da culpabilidade em busca do Direito Penal do Equilíbrio¹⁶¹.

¹⁵⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 135.

¹⁵⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 137.

¹⁶⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 137.

¹⁶¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 138.

Assim, uma vez estabelecido que o indivíduo cometeu o crime, o magistrado deve observar novamente o princípio da culpabilidade, com a intenção de valorar a reprovabilidade da conduta para a fixação da pena.

Portanto, quando se chega à fase de aplicação da pena, cabe a subjetividade do magistrado a aplicação da sanção que entende ser pertinente, levando-se em conta a culpabilidade da conduta do indivíduo, recaindo, novamente, sobre os ombros do julgador o dever de sobreponderar aquilo que acha justo.

O que se percebe com isso é que a aplicação do Direito Penal do Equilíbrio é dependente da aplicação em ordem dos princípios aqui expostos. Ora, não basta única e exclusivamente prolação de sentença condenatória com base no princípio da culpabilidade para se garantir o direito do réu a um direito equilibrado. É necessário a observação de todos os outros princípios, sendo que a ordem que foi apresentada neste trabalho é a mesma que foi apresentada por Rogério Greco, devendo ela ser seguida quando da aplicação da pena, mesmo que preventiva.

Assim, antes de se chegar a uma aplicação concreta do princípio da culpabilidade, deve o julgador observar se nenhum dos princípios anteriores afasta a necessidade de apenar o indivíduo. Então, se a conduta não deve ser apenada tendo em vista o princípio da lesividade, não será o princípio da culpabilidade que determinará a necessidade de uma sanção.

Portanto, o princípio da culpabilidade deve ser um dos últimos princípios a serem observados, considerando que quando se avalia a culpabilidade do agente, estar-se-á muito próximo a uma sanção penal, sendo que o fato jurídico avaliado pelo magistrado já passou pelo crivo dos demais princípios do equilíbrio, e se concluiu pela não afastabilidade da ilicitude da conduta.

4.11 Princípio da legalidade

Por fim, o último princípio a ser observado no Direito Penal do Equilíbrio é o princípio da legalidade, que ocupa um lugar e destaque em uma concepção minimalista, possuindo previsão expressa na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXIX, que positivou as máximas *nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁶².

¹⁶² GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 141.

Fica claro que por todo o exposto, é necessário que o legislador também observe os princípios apresentados para a aplicação de um Direito Penal mais equilibrado e justo, sendo necessário que a criação e a promulgação das leis estejam dentro de um parâmetro entre o mínimo e o máximo de aplicação do direito punitivo.

Destarte:

Incontestável a conquista obtida por meio da exigência da legalidade. Contudo, hoje em dia, não se sustenta um conceito de legalidade de cunho meramente formal, sendo necessário, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer, a Constituição. Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado. Deverá, outrossim, verificar se o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal, não contradiz os princípios expressos ou implícitos constantes de nossa Lei Maior¹⁶³.

Assim, para complementar a concepção material do princípio da legalidade, a máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* deverá observar quatro vertentes que lhe são inerentes, a saber: *nullum crimen nulla poena sine praevia*; *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*; *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* e; *nullum crimen nulla poena sine lege certa*.

Quanto à primeira vertente, ninguém pode ser surpreendido pela lei penal, ou seja, existe uma proibição ao chamado *lex post factum*, que proíbe a pena a uma conduta que à época dos fatos era indiferente aos olhos do Direito Penal.

Assim, a própria Constituição Federal previu que irretroatividade da lei penal, em seu art. 5º, inciso XL, sendo que a lei penal deve ser prévia ao fato considerado ilícito.

A segunda vertente é uma espécie de proibição a tipos penais provenientes de costumes, sendo que apenas a lei positivada é validade para a determinação de uma conduta ilícita.

O Direito Brasileiro é sabidamente um direito positivado, sendo que a necessidade de determinação escrita e promulgado pelos poderes competentes para a vigência e validade de uma norma.

A terceira vertente afasta a chamada interpretação análoga. Assim, no direito pátrio se observa que a conduta do indivíduo deve se amoldar a uma lei positivada dentro do ordenamento jurídico, não cabendo uma punição á ação com base na interpretação ou hermenêutica de outra norma.

¹⁶³ GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 142.

A importância deste princípio tem se mostrado muito latente nos tempos modernos com o avanço da tecnologia e da informática. Houve uma grande discussão sobre crimes em plataformas digitais como, por exemplo, a invasão aos IPs (*internet protocol*) privados pelos *hackers* coletando informações pessoais e até mesmo arquivos privados comprometedores. Tal conduta não possuía qualquer positivação específica como conduta criminosa, sendo necessário a criação de uma lei que versasse estritamente sobre a matéria, no caso a Lei nº 12.737/2012, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que alterou o Código Penal acrescentando os artigos 154-A e 154-B ao texto penal. Assim, antes da alteração legal, condutas como estas, não poderiam ser enquadradas nas condutas positivadas nos artigos 153 e 154, pois dependiam de uma análise interpretativa da norma para a conduta, sendo expressamente vedada pela vertente *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.

Por fim, a quarta vertente prevê a necessidade de que a lei penal seja a mais clara possível, não bastando que a norma esteja em vigor anteriormente à prática do fato pelo agente, devendo ele ser certa, clara, precisa e amplamente difundida à sociedade, dando oportunidade a todos terem conhecimento de seu conteúdo. Portanto, à lei penal deve ser dada ampla publicidade e divulgação para que toda a sociedade tenha conhecimento da ilegalidade do ato que está sendo positivado no corpo normativo.

Com estes fundamentos se encerra a exposição dos princípios do Direito Penal do Equilíbrio. Contudo, como se pode observar se trata de conceitos complexos e amplos, exigindo cuidados específicos por parte do julgador nos casos concretos. Assim, em uma tentativa de (talvez) mitigar a discricionariedade dos magistrados, ou mesmo assegurá-la com certeza jurídica e confiabilidade processual, principalmente quando em atos de inquérito penal ou quando ainda em curso a ação penal, estes princípios se tornam obrigatórios no curso processual. E mais, tendo em vista a necessidade do julgador para um processo justo e a falibilidade da natureza humana, é necessário algo que garanta aos processados a aplicação justa destes princípios. Entra, portanto, a figura do Juiz das Garantias.

5 JUIZ DAS GARANTIAS

Como foi amplamente exposto, é muito complexo e até mesmo desaconselhável o afastamento total da subjetividade do magistrado na aplicação do Direito Penal.

Contudo, na legislação brasileira atual, não há qualquer empecilho que o juiz que atue na fase de investigação seja o mesmo que atue na fase processual, sendo que nossa tradição jurídica segue caminho inverso, determinando, inclusive, que o magistrado que já tenha atuado no inquérito, possui o direito de prevenção, ou seja, é obrigatório que o juiz/juízo do inquérito penal, seja o mesmo da ação penal.

Esta opção pela prevenção, presente no atual Código de Processo Penal e em leis esparsas, veio a sofrer críticas, principalmente sob o argumento de uma possível formação prévia do convencimento do julgador¹⁶⁴:

Melhor explicando, diz-se que, pelo fato de o magistrado dever analisar uma série de questões na fase de investigação, isso o levaria a formar juízos prévios (preconceitos) em relação ao investigado. Por consequência, esse magistrado passaria a visualizar o investigado como se culpado fosse, antes mesmo do oferecimento da futura ação penal condenatória, da qual esse mesmo magistrado seria o próprio julgador. Em síntese, sustenta-se que o investigado já teria certeza de sua condenação, ainda que sequer houvesse atingido a condição de acusado¹⁶⁵.

Tal afirmação é tão verdade que, se o magistrado opta pela decretação da prisão preventiva do investigado, antes mesmo do termino das investigações policiais, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, e mantém a segregação, mesmo diante dos constantes pedidos de liberdades interpostos pelo acautelado, por toda a instrução penal, é muito difícil o julgador prolatar uma sentença favorável ao réu. Ora, se por todo este período de instrução processual o julgador reafirmou a necessidade da medida cautelar, seria até mesmo ilógico o magistrado decidir pela inocência e liberdade do acusado, cabendo até mesmo uma discussão quanto a uma possível representação contra este julgador por abuso de autoridade. Se as provas colhidas no inquérito e durante a instrução apontavam a inocência do acusado, por que mantê-lo preso?

Mauro Fonseca Andrade explica que o precursor, em âmbito nacional, do chamado Juiz das Garantias é o excelente doutrinador Aury Lopes Junior, para quem alega ter uma mancha que atinge a imparcialidade do juiz da fase processual, sempre que atua na fase investigativa. Para Lopes Junior o juiz da investigação deveria ter dois papéis apenas: controlar a legalidade da investigação e garantir os direitos fundamentais do investigado¹⁶⁶:

¹⁶⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 15.

¹⁶⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 15.

¹⁶⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 16.

Como fundamento para essa proposição, afirmar que “*em nenhum momento esse juiz da fase pré-processual poderá ser o mesmo que irá instruir e julgar o processo*”, pois “*juiz preventivo é juiz contaminado*”, e “*o juiz que de qualquer modo intervém na instrução preliminar não poderá atuar (instruir e julgar) na fase processual, ao contrário do modelo em vigor*”. Agrega, ainda, o pensamento de que a reversão do critério da prevenção se deve ao fato de que o convencimento do juiz se formaria “*pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.)*”. E, para não deixar qualquer dúvida, arremata: “*Essa é a lição de mais de 20 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos*” [...]¹⁶⁷

Porém, importante destacar que Mauro Fonseca considera, na verdade, a proposta do Juiz das Garantias como um ataque à magistratura, afirmando que a tentativa posta por Aury Lopes Junior acaba por enfraquecer os novos magistrados que entram no exercício de sua profissão tentando se desvencilhar da pecha de parcialidade que circunda os juízes em casos de grandes proporções.

Contudo, requerendo todas as vênias ao exímio doutrinador, isso não se sustenta, uma vez que este trabalho se colocou disposto e conseguiu apontar que a subjetividade decisória do magistrado sofre muito de interferência externa e interna da relação processual. Assim, não se quer demonizar a atuação do magistrado, mas sempre que possível, apresentar novas maneiras e medidas processuais para afastar qualquer relação emocional entre o julgador e o caso concreto. A natureza humana e a sua falibilidade exige medidas que transforme o processo penal e a sentença ferramentas justas de aplicação do Direito Penal como retribuição social. Com isso:

Já a *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um **estado anímico do julgador**. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um *estar alheio* aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de JACINTO COUTINHO, *não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses dela*¹⁶⁸

Partindo deste princípio, Aury Lopes Junior doutrina que toda essa imparcialidade e estes conceitos subjetivos e emocionais, acabam caindo por terra quando se atribui poderes instrutórios ao magistrado, sendo que, segundo o autor, a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, podendo fundar um sistema inquisitório. E, tendo em vista esta proximidade do julgador do inquérito policial e da investigação, há, de fato, um prejuízo à parte investigada, uma vez que o juiz passa a ser um dos atores do processo penal, deixando de ser um espectador, destruindo a dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e a própria imparcialidade, havendo que se fala em

¹⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 20.

¹⁶⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018. p. 62.

duas funções distintas exercidas pelo juiz no processo penal: investigatória exercida na investigação preliminar e poderes instrutórios, exercidos no processo¹⁶⁹.

Destarte, partindo do princípio de que em ambas essas fases do processo penal a atuação do magistrado é diferente, haverá, inevitavelmente, uma violação à imparcialidade do magistrado e afronta ao modelo acusatório que se funda todo o processo. Ora, se em um momento do processo – investigação – o juiz tem todo o poder de angariar provas capazes de condenar o réu, o mesmo está agindo como acusador, colocando tanto o Poder Executivo (Polícias Cíveis e Federais, bem como Ministério Público) quanto o Poder Judiciário contra o cidadão investigado, ficando impossível a realização de qualquer defesa.

Se o julgador deve ter um papel imparcial em sua conduta, não se pode falar do juiz como ator no processo, mas como espectador, que está ali para garantias individuais do cidadão e não para auxílio das forças estatais na persecução probatória, esta cabe ao Ministério Público e às forças policiais.

Por isso, novamente pedindo vênias às opiniões diversas, não se trata de um ataque a magistratura, mas uma tentativa de democratização efetiva do processo, pois nenhum cidadão, por mais abastado que seja, tem capacidade de combater a força conjunta de dois poderes do Estado, ficando ele a mercê de uma soberania absoluta de um sistema inquisitório. Isto é tão verdade que, no momento atual brasileiro, não é mais o Ministério Público que deve provar a culpa do acusado, mas o acusado deve provar ao juiz sua inocência.

Neste sentido:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade*, e o outro, de *inércia*¹⁷⁰.

Exemplo desta participação e poder absoluto do magistrado (dentre outros como art. 310 e 312, ambos do CPP) é o art. 156 do Código de Processo Penal. Nele, o legislador entendeu ser permitido ao magistrado, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Mencionado dispositivo é a prova de que há um desequilíbrio na relação processual entre o acusador e o acusado, uma vez que, de ofício, o magistrado que, em teoria deveria estar

¹⁶⁹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018. p. 63.

¹⁷⁰ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018. p. 64.

afastado da relação processual, pode requerer a produção de prova que achar pertinente, antes mesmo de iniciado a ação penal.

Em um processo ideal de sistema acusatório, existiria uma nítida garantia processual ao réu caso o magistrado estivesse apartado da função acusatória, se atendo, somente, à aplicação da norma, quando já terminado toda a instrução processual. Contudo, não é isso que acontece na realidade do processo penal, sendo inegável a atuação positiva do Estado por parte tanto do Ministério Público quanto do juiz na persecução probatória.

Neste contexto, explica Aury Lopes que, o art. 156 do Código de Processo Penal funda um sistema inquisitório, representando uma quebra de igualdade, contraditório e da própria estrutura dialética do processo, fulminando a principal garantia da jurisdição, qual seja, a imparcialidade do julgador; a sustentabilidade da imparcialidade do julgador acaba se comprometendo decorrente de uma discricionariedade estipulada pelo legislador, permitindo o magistrado colher a prova que achar pertinente, de ofício¹⁷¹.

Assim, é nítida a violação da paridade de armas, uma vez que – como defendido anteriormente – a atuação positiva do julgador diante do fato narrado pelo órgão acusador, acaba por desequilibrar a relação processual em decorrência da força estatal. De nada adiantaria a aplicação de todos os princípios norteadores do Direito Penal do Equilíbrio, se a gênese processual está enviesada de desequilíbrio entre acusação e defesa:

Pronto, consagram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão¹⁷².

Não obstante a questão prática do próprio Código Penal, Aury Lopes analisa a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 1982 e *De Cuber*, de 1984, consagrando o entendimento que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador; se o magistrado lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não lhe é lícito ser o julgador na fase processual, uma vez que há flagrante contaminação resultante dos juízos pré estabelecidos, que conduzem à falta de imparcialidade **subjetiva e objetiva**¹⁷³.

¹⁷¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018. p. 64.

¹⁷² JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018. p. 65.

¹⁷³ “Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a **subjetiva** alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade **objetiva** diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em

Voltando ao tópico principal, como demonstração empírica de uma parcialidade do julgador, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 94641/BA, os então Ministros do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, divergindo do voto da Ministra Relatora, entendendo pela nulidade grave quando o juiz que, durante dias, intimou várias testemunhas, colheu depoimentos, fez um breve relatório e enviou para o Ministério Público, presidiu toda a instrução e proferiu sentença, atuando em verdade como autoridade policial¹⁷⁴.

Ora no caso apresentado, o paciente havia sido condenado por atentado violento ao pudor contra a sua filha, sendo que a denúncia se baseou em procedimento de averiguação de paternidade e que, mesmo após a negativa dos supostos pais relativamente à paternidade do paciente em relação à vítima, o juiz prosseguiu com o procedimento; colheu provas e apresentou relatório com determinação de encaminhamento do procedimento para o Ministério Público e, o mesmo juiz, baseado nos fatos por ele apurados, recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do paciente.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894641%20ENUME%20+OU+94641%20EACMS%20%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/ybborjay>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

Pois bem, na decisão que prevaleceu por uma interpretação hermenêutica acertada dos votos vencedores, interpretou-se que o magistrado que atuou na ação de paternidade e continuou com a persecução probatória, agiu como autoridade policial, motivo pelo qual o art. 252 veda o exercício da jurisdição no processo por parte desta mesma autoridade judicial. Destaca-se o voto do Ministro Cesar Peluso:

Abstraídos os demais fundamentos do pedido, estou em que se patenteia, no caso, quebra da chamada *imparcialidade objetiva*, de que deve, como cláusula elementar do princípio constitucional do justo processo da lei (*due process of law*), revestir-se, na situação de cada causa, o magistrado competente para decidi-la. E, por implicar nulidade absoluta, o vício processual, que é grave, pode pronunciado, até de ofício, a qualquer tempo, prescindindo, sobre a questão, de juízo anterior dos órgãos jurisdicionais que antecederam a esta Corte no julgamento do caso, donde não haver espaço para cogitar-se de supressão de instâncias¹⁷⁵.

Indo além, adentrando no caráter subjetivo decisório do magistrado, o Ministro explica que:

Não me parece, *data venia*, seja esta a leitura mais acertada, sobretudo perante os princípios e as regras constitucionais que devem iluminar, segundo as incontroversas circunstâncias históricas do caso, em que o juiz, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, dada a natural limitação do mecanismo de autocontrole sobre motivações psíquicas subterrâneas – despir-se da irreprimível influência das impressões pessoais gravadas já na instrução sumária do procedimento de investigação de paternidade¹⁷⁶.

Destarte, no caso em espeque se demonstrou que o magistrado julgador de uma relação processual cível (reconhecimento de paternidade) não pode ser o magistrado julgador da relação processual penal (atentado violento ao pudor) pois o “pré-juízo” feito pelo julgador na relação meramente civilista, foi o suficiente para a Suprema Corte decretar, por analogia, a óbice do art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal, entendendo que o julgador agiu como autoridade policial.

Neste sentido, se em um caso onde a autoridade judicial foi impedida de exercer a sua jurisdição penal porque já havia exercido sua jurisdição civil sobre o mesmo caso, não há qualquer dúvida que este entendimento deve ser aplicado para a relação penal onde o julgador atua tanto no inquérito penal quanto na eventual ação penal:

Em definitivo, pensamos que *a prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência*. O juiz-instrutor é preventivo e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, **mas pelos diversos prejulgamentos que**

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 94.641/ BA. Segunda turma. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 94.641/ BA. Segunda turma. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=579556>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

realiza no curso a investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.)¹⁷⁷. (Grifos do autor)

Por isso, este trabalho, observando tudo que fora dito até o momento, entende que seja o mais sensato e justo à aplicação de uma justiça funcionante e equilibrada, se houvesse dentro do ordenamento jurídico pátrio o regramento de que é necessária uma ampla análise do processo penal em sua gênese. Propõe-se uma atuação conjunta de diferentes magistrados, e, para que não haja mitigação dos poderes de investigação do magistrado, bem como sua capacidade interpretativa, seria pertinente a separação do julgador no inquérito penal e da ação penal.

Por fim, destaca-se que por mais que as prisões preventivas sejam um mal necessário, a sua utilização e suas justificativas trariam uma maior segurança jurídica quando duas mentes diferentes e afastadas umas das outras, atestassem sua justeza para a sociedade. Talvez estes critérios discricionários e subjetivos criticados ao longo do trabalho, seriam menos atacados e criticados quando se está a falar de uma atuação conjunta de juízes diferentes que observam o processo de olhos distintos.

¹⁷⁷JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018. p. 69.

CONCLUSÃO

Partindo do critério acadêmico de importância escolar do presente trabalho, esta monografia traz ao leitor a necessidade de uma observação crítica e minuciosa da atuação do Poder Judiciário, requerendo uma análise objetiva dos critérios que fazem do julgador o ente legítimo do Estado para a aplicação legislativa, bem como uma análise subjetiva da amplitude discricionária do Estado-Juiz.

A fomentação acadêmica do diálogo é uma maneira para se chegar a conclusões objetivamente validas, sendo que a primeira preocupação deste trabalho não é afirmar como verdade absoluta sobre todos os pontos aqui apresentados, mas incentivar a discussão, levada a bom termo, conduzindo a uma conclusão a ser admitida por todos.

O debate – em uma concepção moderna – não é o ponto nevrálgico desta apresentação, uma vez que debater, segundo Chaim Perelman, exige que cada interlocutor traga argumentos favoráveis à sua tese, se preocupando apenas com a derrota de seu oponente, excluindo argumentos que lhe são desfavoráveis¹⁷⁸.

Portanto, afasta-se o debate e se posiciona positivamente ao diálogo, para que se chegue a uma conclusão produtiva e resolutória para a discricionariedade do magistrado na decretação da prisão preventiva.

Dito isso, é necessário observar que, diante de construção e aceitação de uma teoria do Estado, o Poder Judiciário é legitimado pelos próprios cidadãos de uma determinada nação para a prolação de sentenças condenatórias. Neste sentido, se estabeleceu que as três faces de atuação do Estado (social, jurídica e política), bem como a atuação positiva ou negativa em cada uma destas três facetas é o que garante o funcionamento e a perpetuação do ente estatal.

Contudo, dentro desta concepção, é o Poder Judiciário que avoca a interpretação e aplicação da lei e da norma, se tornando mais que essencial para a perpetuação da consciência estatal.

A legitimação do Estado-julgador é inerente à própria natureza belicosa do ser humano, sendo que diante de uma estruturação social desbalanceada, a aplicação legal estaria prejudicada se não fosse a presença do Ente Maior, tendo em vista que o desequilíbrio entre forças sociais, pesariam a balança aplicação judicial aos mais poderosos.

¹⁷⁸ PERELMAN, Chaim e Lucie Olbrechts-Tyteca. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 42.

É por isto que dentro de um contexto legítimo de atuação do Poder Judiciário aplicado pelo Estado, o próprio cidadão legitima a atuação do magistrado quando da aplicação da lei, uma vez que é necessário o ajuste equilibrado de uma aplicação penal justa.

Contudo, após a apresentação de uma necessidade de existência de um poder superior legítimo de aplicação da lei, se questiona, em verdade, a evolução histórica do poder decisório do juiz, remetendo o leitor ao período romano que exerce ainda enorme influência na criação do Direito Brasileiro, bem como de sua atuação.

Demonstrou-se a ligação estreita entre os poderes judiciários romanos com o da atualidade, demonstrando que a atuação do magistrado não estava e, ainda não está desvinculado de influência externa ao processo penal. Além disso, demonstrou-se a capacidade e o poder decisório do juiz romano, fazendo um elo com a atuação do magistrado brasileiro atual, demonstrando que a discricionariedade de ambos é, ainda, ampla, sedo que o controle desta subjetividade tanto em Roma como no Brasil atual é feita pelos próprios juízes, tornando ainda mais difícil um questionamento efetivo da relação lei e aplicação legal.

De outra sorte, em uma tentativa de demonstrar uma das muitas importâncias deste trabalho, foi feita uma comparação pertinente a um contexto penal atual, conduzindo o leitor a se questionar quanto: garantir todos os princípios do processo penal integral ou aplicar àqueles que atuam contra a soberania do Estado o tratamento de inimigo, aniquilando sua condição de cidadão, aplicando-lhe o tratamento máximo do Direito Penal?

A tentativa é comparar o combate à corrupção feita no Brasil com o combate ao terror que as nações americanas e europeias vêm pondo em pratica desde o início do século XXI, se tratando de uma verdadeira guerra, exigindo que, para se obtenha a vitória total, se releve certos preceitos jurídicos garantista de um estado democrático de direito, e que se aplique a aniquilação de seu inimigo por meio positivados. Assim, uma das principais questões desta monografia não é a legitimidade da lei, mas sua justeza diante de um caso concreto.

Por isso, a subjetividade decisória do magistrado apresentou uma pesada discussão, não quanto a legalidade (não se questiona o poder legitimado do legislador para a elaboração legislativa e a legitimidade do juiz para a aplicação da lei, sendo que estes já estão devidamente justificados no primeiro capítulo deste trabalho), mas sim quanto a moralidade e o limite de uma norma subjetiva capaz de afetar a liberdade individual de um cidadão.

Neste sentido, dentro deste conceito moral se questionou certas medidas restritivas de liberdade, quando em curso o inquérito penal ou a ação penal, com enfoque primordial nas

prisões preventivas. E, sobre este aspecto, estribado nos ensinamentos do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Rogerio Schietti Cruz, bem como nos ensinamentos dos clássicos do Direito Penal, a prisão preventiva se mostrou um mal necessário, mas que apresenta sérios problemas interpretativos quanto a sua decretação.

Repita-se, a legitimação para decretar estas medidas estão expressas na lei penal, elaborada e promulgada pelos poderes competentes, aceitas pela sociedade por um trabalho axiológico dos poderes estatais, mas sua aplicação baseada na subjetividade do magistrado deve ser questionada quando tais medidas apresentam motivos e consequências irretroativas ao cidadão alvo.

Assim, focando-se primordialmente na subjetividade discricionária do magistrado que lastreia a decretação deste tipo de medida restritiva, com fundamentação quase que infinita, a tentativa é se estabelecer critérios menos subjetivos ou interpretativos que, talvez, restringiria o cometimento de ilegalidades ou abusos.

Como prova desta necessidade, apresentou-se as principais justificativas dos magistrados para a decretação das medidas restritivas – (I) a gravidade ou magnitude da infração; (II) assegurar a credibilidade da justiça e das instituições; (III) satisfação do sentimento de justiça da sociedade; (IV) em razão do clamor público gerado pelo crime; (V) pra dar segurança ao investigado ou réu. (VI) para servir de exemplo a outros possíveis criminosos; (VII) como resposta eficaz e pronta à conduta do réu –, demonstrando que a discricionariedade do magistrado pode ser de fato contaminada por influenciadores externos ao processo, o que por si só seria suficiente para macular o processo penal.

Diante desta problemática, buscou-se uma solução para o problema, via uma atuação do Poder Judiciário visando um Direito Penal do Equilíbrio, que se encontraria entre uma visão máxima e mínima do Direito Penal, trazida com esboço em 11 princípios garantidores da relação processual justa.

As aplicações destes princípios estariam vinculados a um entendimento por parte da sociedade, do legislador e do julgador de que o processo penal não pode ficar enraizado em entendimentos positivados ou em liberdades subjetivas do magistrado, mas em uma linha de atuação definida pelos conceitos e princípios que garantam a atuação justa por parte do Estado.

Assim, o entendimento de cada um dos princípios apresentados pelos autores, complementados por esta monografia, trazem uma concepção equilibrada e imparcial da

aplicação do Direito Penal a cada caso concreto, sendo que estes princípios não são de aplicação automática, mas de atenção equilibrada ao caso concreto.

Ademais, como solução pratica a um Direito Penal do Equilíbrio, apresentou-se o conceito de juiz das garantias, que não permitiria que o magistrado que atuou no inquérito processual, seja o mesmo a sentenciar, ampliando os atores do processo, trazendo, inclusive, mais legitimidade e segurança jurídica para as decisões proferidas em sede de investigação.

Como demonstrado pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a tentativa é afastar a atuação total por parte do Estado, com a utilização, tanto dos poderes executivos, quanto os poderes do judiciário, na investigação e na ação, dificultando o próprio direito de defesa, transformando a atuação Estatal em uma função inconstitucional, mas que acaba sendo legitimada pela positivação da norma em lei processual específica.

Concluindo, reafirma-se que a solução para este problema não é objetiva, mas necessita de uma atuação positiva da academia para uma tentativa válida de solucionar a problemática, sendo que a realização desta monografia está intimamente ligada a uma tentativa de levantar o diálogo dentro do seio acadêmico, buscando outras medias para solucionar a contenda.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Pilatos e Jesus**. 1ª ed. São Paulo: UFSC, 2014.

ANDRADE, M.F. **Juiz das garantias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

BASTIAT, F. **A lei**: porque a esquerda não funciona? As bases do pensamento liberal. 1ª ed. Barueri: Farol editora, 2016.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. 1ª. ed. São Paulo: Ícone. 1995.

BOBBIO, N. **Estado governo sociedade**: uma teoria geral da política. 18ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210compilado.htm. Acesso em: 04 de setembro de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 05 de julho de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 03 de setembro 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC 361482/ SP. Decisão Monocrática. Paciente: Luiz Serra dos Santos. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 24 de junho de 2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%220005962-83.2016.8.26.0635%22&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 84.412/ SP. Segunda turma. Paciente: Bil Cleiton Cristovão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 10 de outubro de 2004. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>. Acesso em: 29 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 94.641/ BA. Segunda turma. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894641%2E%2E+OU+94641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybborja>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 101.357 – MC/SP. Decisão monocrática. Paciente: Amaurilio Ramos do Nascimento. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de mar. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC101357CM.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 106.446/ SP. Primeira turma. Paciente: Viviane dos Santos Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, 20 de setembro de 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1566289>. Acesso em: 06 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 111.244/SP. Segunda turma. Paciente: Alex Jose da Cruz. Coator: Relator do HC nº 183872 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 23 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28111244%2E%2E+OU+111244%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yar8rt7v>. Acesso em: 21 de setembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 133.289/ SP. Segunda turma. Paciente: Sidlei Rosa da Silva. Coator: Relator do HV nº 348.672 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28133289%2E%2E+OU+133289%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8tog3vs>. Acesso em: 06 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. HC 144.909/SC. Decisão monocrática. Paciente: Diego Herbert Hoffmann. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de junho de 2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28146561%2E%2E+OU+146561%2EDMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9d3mfol>. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus**. RHC 4724/ PR. Quinta turma. Paciente: Norberto Ferreira Coutinho. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro José Dantas. Relator para Acórdão: Ministro Cid Flaquer Scartezini. Brasília, 04 de outubro de 1995. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199500338718. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

CALAMANDREI, P. **Eles, os juízes visto por um advogado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CONDE, F.M. **Direito Penal do inimigo**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CRUZ, R.S. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DWORKING, R. **A Raposa e o Porco Espinho**: Justiça e Valor. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2014.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

FLEINER-GERSTER, T. **Teoria Geral do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO, R. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **O Federalista**. 2ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

IGLESIAS, J. **Direito Romano**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ISAACS, N. **The Limits of the judicial discretion**. The Yale Law Journal, Yale, Volume 32, n. 4, p. 339-352 fevereiro. 1923.

JUNIOR, A.L. **Direito Processual Penal**. 15º ed. São Paulo, 2018.

JÚNIOR, J.C. **Curso de direito romano**: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 29ª ed. Rio de Janeiro: 2005.

LIEBS, D. **Perante os juízes romanos**: processos célebres da Roma antiga. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LISZT, F.V. **Tratado de direito penal alemão**: tomo I. Edição única. Rio de Janeiro: 1899.

MONTESQUIEU, C.S. **Do Espírito das Leis**. 1ª ed. Bauru. EDIPRO. 2004.

OLIVEIRA, E.P. **Regimes constitucionais da liberdade provisória**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

REALE, M. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIGAUX, F. **A Lei dos Juízes**. 1ª. Ed. Martins Fontes. 2000.

STRECK, L.L. **Dicionário da hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica hermenêutica do Direito. 1ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

THORNAGHI, H. **Instituições de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

VALENTE, M.M.G. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

WELZEL, H. **Direito Penal**. 2ª ed. Campinas: Roma, 2004.

YANG, C.S. **Free at last?**: Judicial Discretions and Racial Disparities in Federal Sentencing. Tese (Paper for course/seminar/workshop) - Harvard Law and Economics Seminar, University's DASH repository, 2013.

ZAFFARONI, E.R. **O inimigo no Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.